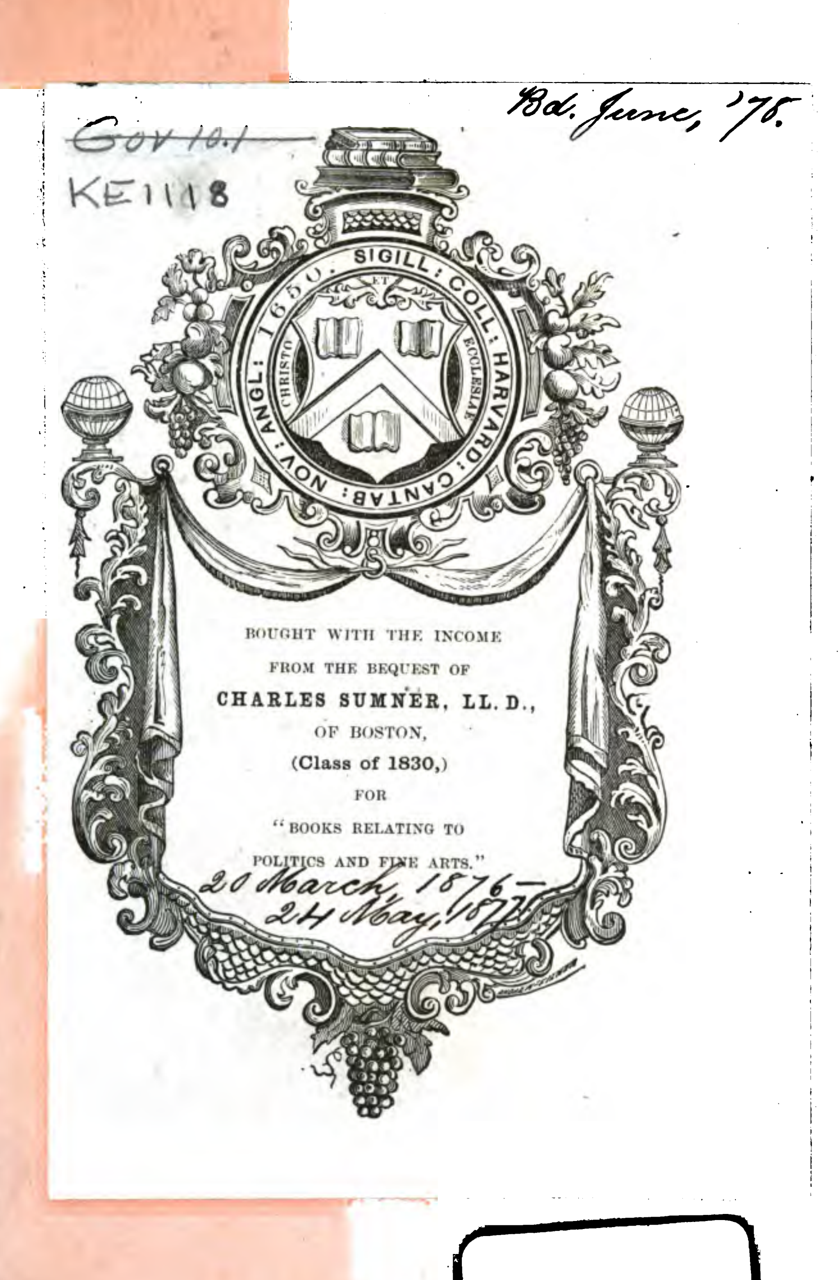
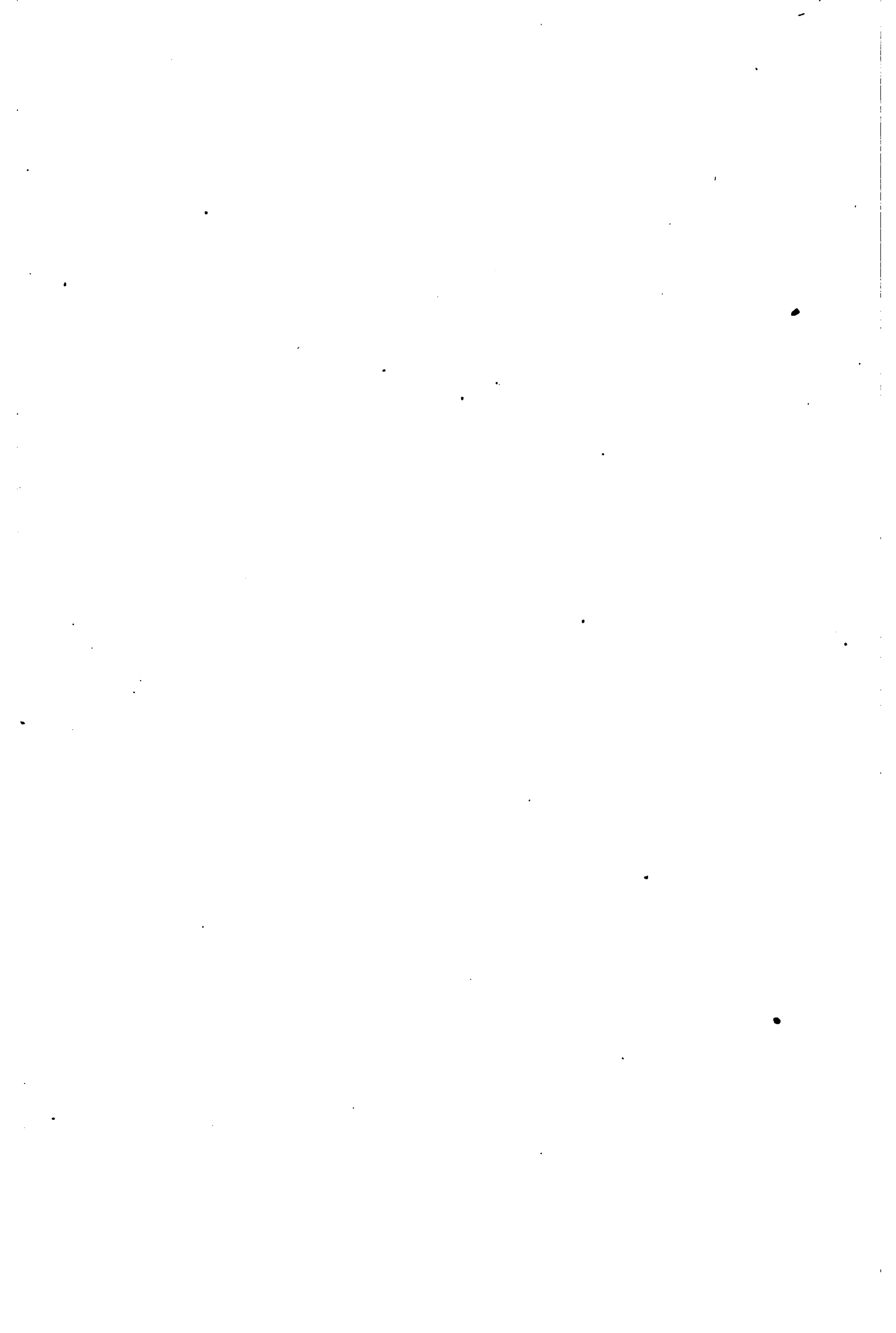

HDI
HW 2AHU D


Bd. June, '78.
Gov 10.1
KE1118
SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
BOUGHT WITH THE INCOME
FROM THE BEQUEST OF
CHARLES SUMNER, LL. D.,
OF BOSTON,
(Class of 1830,)
FOR
"BOOKS RELATING TO
POLITICS AND FINE ARTS."
20 March 1876 –
24 May, 1877





Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering

Geh. Justizrath und Professor an der Universität in Göttingen

und **Dr. Joseph Unger.**

In Verbindung

mit

Otto Bähr,

Obertribunalsrath in Berlin

und

Agathon Wunderlich,

Mitglied des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

Funfzehnter Band.

Jena,

Verlag von Hermann Dufft.

1877.

1876, March 20 - 1877, May 24.
Summer fund.

Inhalt.

1876, March 20 –
1877, May 24.
Sumner fund.

1876. Mar. 20



Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering
k. k. Hofrath und Professor an der Universität Wien

und **Dr. Joseph Unger.**

In Verbindung

mit

Otto Bähr,
Obertribunalsrath in Berlin

und

Agathon Wunderlich,
Mitglied des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

XV. Band. 1. Heft.

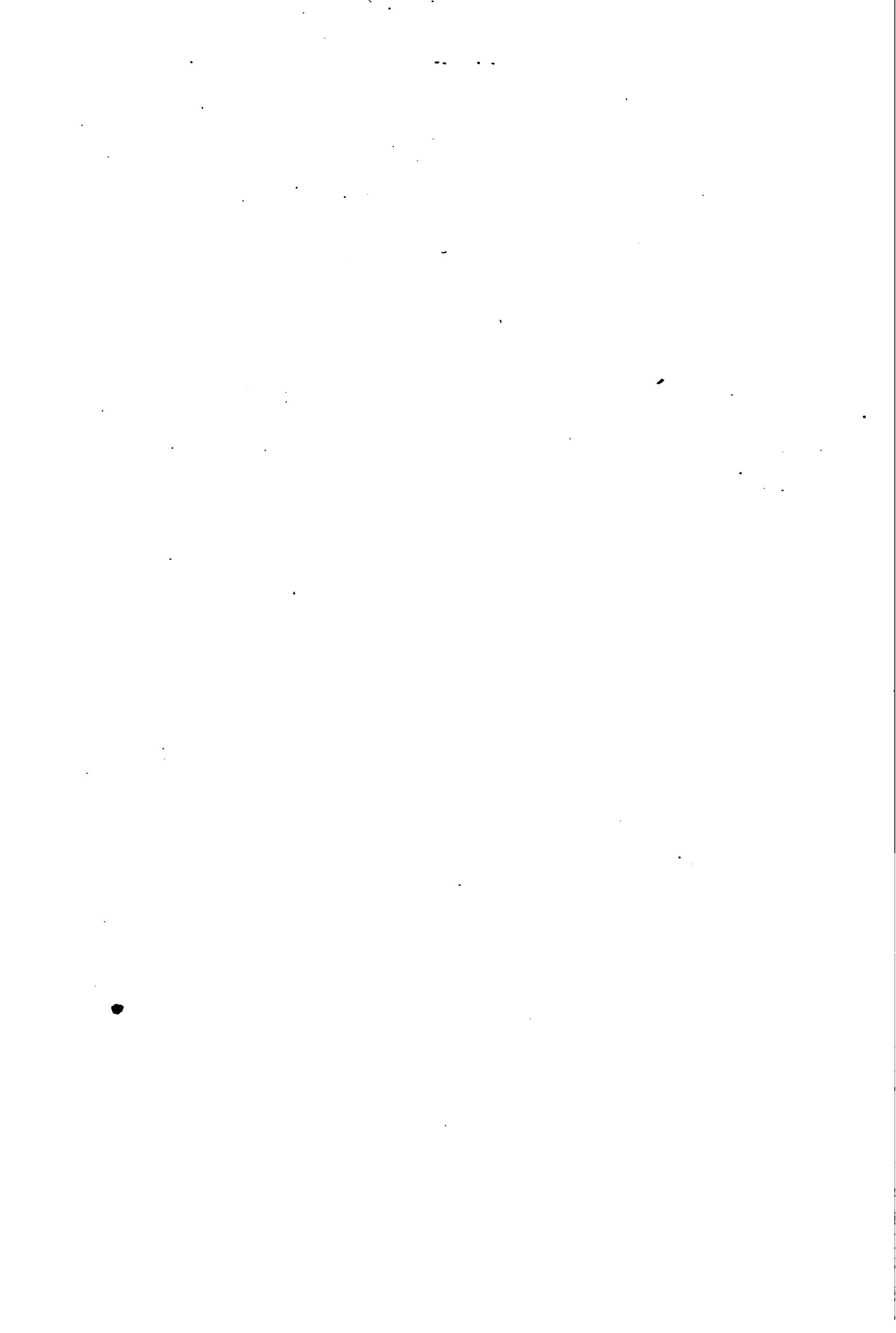
Neue Folge III. Band. 1. Heft.

Jena,

Verlag von Hermann Dufft.

1876.





I.

Ueber die accessorische Natur des Pfandrechts.

Von

Prof. H. Schott in Heidelberg.

Das Pfandrecht ist nach der allgemeinen Auffassung der Juristen dasjenige dingliche Recht an einer Sache, welches den Zweck hat, einem Gläubiger Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung zu gewähren durch die Möglichkeit, im Falle der Nichtbefriedigung die verpfändete Sache zu veräußern und aus dem Erlöse sich bezahlt zu machen. Also, sagt man, setzt dasselbe seinem Begriffe nach eine Forderung voraus; ohne Forderung kann es weder entstehen, noch fortbestehen. Das Dasein einer Forderung bildet eine „Existenzialbedingung" des Pfandes[1]). Nichts wird für logischer gehalten, als diese Conclusion. Und trotzdem ist sie ebenso innerlich unhaltbar, als in dem positiven Rechte unbegründet. Dieß soll im Folgenden nachgewiesen werden.

---

1) Vergl. z. B. Savigny, Syst. V. S. 386. — Goldschmidt, Handelsr. §. 87. — Jhering in d. Jahrbb. X. S. 484. — Exner, Pfandrechtsbegriff S. 190. — Windscheid, Pand. §. 225. — Die entgegengesetzte Ansicht wird gelegentlich von Bechmann, Das Röm. Dotalrecht I. S. 188. 189 vertreten.

I.

Die soeben verworfene Deduction stützt man auf die fast einstimmig behauptete accessorische Natur des Pfandrechts. Ein accessorisches Recht aber vor oder ohne Hauptrecht sei undenkbar [2]).

Der Begriff des Pfandrechts als eines accessorischen Rechts ist nun insoweit in den Quellen begründet, als die L. 43 D. de sol. (46. 3) die hypothecae et pignora neben den adpromissores zu den „accessiones" einer Forderung rechnet. Wenn aber sonst der Begriff der Accession wegen seiner Unbestimmtheit juristisch unbrauchbar ist [3]) und deßhalb nicht für sich allein zur Basis einer haltbaren juristischen Deduction verwendet werden kann, so ist dieß nicht minder bezüglich des „accessorischen Rechtes" der Fall. Denn was ist ein accessorisches Recht? Nehmen wir den Ausdruck beim Wort, so können wir darunter weiter Nichts verstehen, als ein Recht, das zu einem andern Recht hinzutritt, also ein Nebenrecht gegenüber einem Hauptrechte, eine Analogie des Verhältnisses zwischen Nebensache und Hauptsache. Dagegen gibt uns der Ausdruck „accessorisches Recht" schon keinen Aufschluß mehr über die innere Beziehung, in welcher dasselbe zum Hauptrechte steht, sowenig wie der Begriff der Nebensache uns deren Verhältniß zur Hauptsache enthüllt. Vielmehr können wir eine genügende Aufklärung darüber nur aus den Anschauungen des Verkehrs und den Bestimmungen des positiven Rechtes gewinnen. Und von diesen Gesichtspunkten aus finden wir, daß das innere Verhältniß des Pfandrechts zu dem Forderungsrechte eine Zweckbeziehung involvirt. Das Pfandrecht soll die Realisirung des Forderungsrechtes sichern. Deßhalb hat das Pfandrecht seinen Zweck nicht in sich selbst, sondern außer

---

2) Scheurl, krit. Ueberschau V. S. 31. — Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte S. 19.

3) Windscheid, Pand. §. 143 a. E.

sich liegen und zwar im Zwecke der versicherten Obligation. Mit andern Worten: beide Zwecke, der der Obligation und der des Pfandrechts sind identisch. Beide Rechte gehen auf ein Bekommen-sollen, das erstere auf ein Bekommen-sollen von der obligirten Person, das andere auf ein Bekommen-sollen durch die verpfändete Sache. Daraus entsteht in beiden Fällen eine Haftung, obligatio, in dem ersten eine Haftung der Person, obligatio personae, im andern eine Haftung der Sache, obligatio rei. Aber deßhalb ist noch lange nicht die obligatio rei eine Obligation im technischen Sinne des Worts und nur eine Art des gemeinschaftlichen Gattungsbegriffes „obligatio", wie Brinz[4]) meint. Die innere Structur beider Rechte ist total verschieden, wie sich schon aus der Verschiedenartigkeit der Verwirklichung ihres, wie wir gesehen haben, identischen Zweckes ergibt. Die Obligation wird realisirt durch actio bezw. durch soluti retentio, compensatio u. dgl.; dagegen erreicht der Pfandgläubiger sein Ziel durch Verkauf und Aneignung des Tauschpreises des Pfandobjects, ausnahmsweise oder nöthigen Falls durch Erwerb des Eigenthums des letztern. Wenn nun in neuerer Zeit einige Schriftsteller[5]) die Behauptung aufstellen, daß das Pfandrecht seinen Zweck in sich selbst durch sein bloßes Bestehen erfülle, und wenn insbesondere Hartmann diese Aufstellung zu dem Dictum zuspitzt, daß die Verwerthung des Pfandobjectes nur der äußerste unerwünschte Nothfall sei, der nicht als solcher durch das Pfandrecht erstrebt werde, so erklären sich solche irrigen Sätze nur aus einem gänzlichen Verkennen der eventuellen Natur des Pfandrechts und einer einseitigen Betonung desselben bloß nach seiner objectiven Seite. Ein jedes Recht ist doch nach seiner subjectiven Seite rechtlich ge-

4) In Grünhut's Zeitschrift I. S. 27.

5) Exner S. 48. — Hartmann, Die Obligation S. 139.

schützte Willensmacht des Rechtsinhabers, und welchen andern Inhalt sollte dieselbe z. B. bei der Hypothek haben, als die eventuelle Befugniß, das Pfandobject zu verkaufen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen?

Ist also nach dem Ausgeführten der Zweck des Pfandrechtes derselbe wie derjenige der dadurch versicherten Obligation, und besteht die durch das Pfandrecht gewährte Sicherheit darin, daß dasselbe sich den obligatorischen Zweck aneignet, so frägt es sich nunmehr, ob diese Zweckverbindung zu der Conclusion führt, daß das Pfandrecht ohne Obligation nicht entstehen und bestehen könne? Keineswegs. Ist vielleicht nach der Natur der Sache das zu sichernde Object Existenzialbedingung für das Sicherungsmittel? Niemand wird dieß behaupten. Betrachten wir einmal zur Erläuterung das Verhältniß der Nebensachen zu deren Hauptsachen und zwar der Nebensachen, welche uns für das Pfandrecht die beste Analogie bieten, nehmlich der Pertinenzen. Auch sie stehen ja zu ihren Hauptsachen in einer Zweckbeziehung. Kann nun das Vorfenster oder die Marquise nicht schon vor dem Hause und auch noch nach dessen Untergang vorhanden sein? — Natürlich betrachtet ist die Existenz der Nebensache nur dann durch die Existenz der Hauptsache bedingt, wenn sie ein Product der letztern ist. So können Früchte im weitesten Sinne des Wortes weder vor der Hauptsache noch nach deren Untergang entstehen, obschon sie, einmal entstanden, ohne die Hauptsache fortbestehen können. Aber auch accessorische Rechte gibt es, welche ein Product des Hauptrechts sind, und welche deßhalb vor demselben und ohne dasselbe nicht entstehen können, wie z. B. die gesetzliche Zinsverbindlichkeit. Und wenn man unter Zinsverbindlichkeit nicht den einzelnen periodisch verfallenen Zinsanspruch, sondern das dauernde Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner versteht, woraus bis zur Aufhebung der Hauptforderung eine Reihe solcher Zins-

ansprüche hervorgehen kann, so ist zu sagen, daß ohne Hauptforderung die Zinsverbindlichkeit auch nicht fortzubestehen vermag. Nun ist doch die accessorische Natur des Pfandrechts eine ganz andere, als die einer solchen gesetzlichen Zinsverbindlichkeit. Das Pfandrecht ist ja keineswegs ein Product der Obligation, sondern steht vielmehr in einer Zweckbeziehung zu derselben, wie die Pertinenz zur Hauptsache. Warum sollte denn seine Existenz von der Existenz der Forderung abhängen? Darauf könnte man vielleicht folgende Antwort geben: Da das Pfandrecht seinen Zweck der Obligation entnimmt, so muß die Obligation vorhanden sein, weil außerdem der Zweck der Obligation und damit auch der des Pfandrechts nicht vorhanden, das letztere aber als ein zweckloses juristisch bedeutungslos wäre. Diese Antwort wäre nichts weniger als schlüssig. Der Zweck der Obligation besteht eben schon vor derselben, nur noch nicht als ein rechtlich anerkannter; er schafft sich in der Obligation blos ein Mittel seines Schutzes und seiner Realisirbarkeit. Und da nun das Pfandrecht nichts als ein zweites subsidiäres Mittel ist, so folgt daraus mit logischer Nothwendigkeit, daß dieser selbständige Zweck nach Belieben das primäre oder das subsidiäre Mittel zunächst in's Leben rufen kann. Es folgt daraus ferner, daß, wenn das Mittel der Obligation untergegangen ist, der Zweck derselben aber noch fortbesteht, auch das Pfandrecht als subsidiäres Mittel trotz des Unterganges der Obligation noch fortbestehen kann.

Nichtsdestoweniger bleibt aber das Pfandrecht immerhin ein accessorisches Recht, und es ist entschieden irrthümlich, wenn ihm Brinz[6]) diese accessorische Natur abspricht. Brinz kann dieß nur in Folge eines selbstgemachten Begriffs von Accession thun. Wesentlich ist ihm für dieselbe das Verhältniß

---

6) Pand. §. 78 u. Grünhuts Zeitschr. I. S. 28.

einer „Grundlage" zu demjenigen was darauf beruht oder besteht, so daß rechtliche Accessionen nicht existiren können, außer auf ihrer Grundlage, d. h. auf dem Hauptrechte. Dieß mag für Prädialservituten richtig sein; aber nicht für das Pfandrecht, ebensowenig als für die Bürgschaft. Wie bereits gesagt, der Begriff der Accession und des accessorischen Rechts ist ein viel zu unbestimmter, als daß sich daraus a priori argumentiren ließe. Das Pfandrecht ist eben deßhalb ein accessorisches Recht, weil es nicht seiner selbst willen da ist, sondern um der Obligation willen, deren Zweck verfolgt und mit deren Zweck auch untergeht. Dieser Satz gilt aber nicht etwa blos für das gemeine Pfandrecht, sondern auch für die Mecklenburger Hypothek und die Preußische Grundschuld. Denn die Merkmale, welche das gemeine Pfandrecht zum accessorischen Rechte machen, treffen auch bei ihnen zu. Auch sie sind nicht um ihrer selbst willen da, sondern dienen dem Zwecke einer Forderung und fallen mit demselben dahin, wobei allerdings die modernen Principien der Publicität und des gutgläubigen Erwerbs dem gemeinen Rechte unbekannte Erscheinungen hervorbringen. Allein durch diese Principien wird das Grundwesen des modernen Hypothekenrechtes zu keinem von dem des gemeinen Rechts verschiedenen, sowenig wie der Grundcharakter des modernen Eigenthums, das ja ebenfalls von ihnen beherrscht wird. Wenn insbesondere die Mecklenburger Rev. Rittersch. Hyp.-Ordn. §. 16 Ziff. 1 und Rev. Stadtbuch-Ordnung §. 19 Ziff. 1 den Satz aufstellen:

> „Durch die Eintragung einer Hypothek im Hypothekenbuch entstehen nicht bloße Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, sondern selbständige dingliche Belastungen des Grundstücks",

so sind damit folgende zwei Axiome sanctionirt:

1) Die Hypothek ist ein Sicherheitsrecht, also ein accessorisches Recht — und darin stimmt sie mit der gemeinrechtlichen vollständig überein. Sie ist aber nicht blos dieß, sondern sie ist

2) auch ein selbständiges Recht. Dieses selbständige Recht bildet aber hier nicht den Gegensatz zum accessorischen Rechte, woraus ja ein innerer Widerspruch in der Mecklenburger Hypothek sich ergeben würde, sondern zum secundären eventuellen Rechte. Mit andern Worten: die Mecklenburger Hypothek ist ein prinzipales Recht, dessen Geltendmachung nicht bedingt ist durch eine vorausgegangene gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung des obligatorischen Rechts, weßhalb insbesondere auch von keiner exceptio excussionis die Rede sein kann (R. R. H. O. §. 29 Ziff. 2 — R. St. B. O. §. 30 Ziff. 2) — und darin weicht sie von der gemeinrechtlichen Hypothek ab. Keineswegs soll aber dieses selbständige Hypothekenrecht von den Schicksalen des Forderungsrechts unabhängig sein. Es hat eben diese moderne Hypothek den umgekehrten Entwickelungsgang eingeschlagen, wie die Bürgschaft, welche in Folge der Einrede der Vorausklage aus einem ursprünglich primären zu einem secundären Zweckmittel geworden ist.

Größere Schwierigkeiten dagegen bieten der Theorie die Mecklenburger R. R. H. O. §. 16 Ziff. 2 und R. St. B. O. §. 19 Ziff. 2:

> „Der Antrag auf Eintragung ist durch eine solche persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr bleibt dieserwegen Alles der Vereinbarung der Betheiligten überlassen" —

sowie das Preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb u. s. w. von 1872 §. 19 Ziff. 1 Abs. 2, wonach eine Hypothek ohne Angabe des Schuldgrundes als sog. „Grundschuld" eingetragen werden kann.

Die aus diesen Stellen sich ergebende Schwierigkeit besteht nicht etwa darin, daß darnach die Pfandbestellung der Begründung der Obligation zeitlich vorausgehen kann. Denn dieß widerstrebt der Natur des Pfandrechts keineswegs, wie wir bereits aus allgemeinen Gründen dargethan haben und unten noch für das gemeine Recht positiv darthun werden. Vielmehr besteht die Schwierigkeit darin, daß nach den angeführten Gesetzen der obligatorische Zweck lediglich, d. h. ohne Einkleidung in eine gegenwärtige oder zukünftige Obligation, in das Pfandrecht übertragen werden zu können scheint, so daß in Wahrheit ein selbständiges dingliches Recht mit obligatorischem Inhalte und Charakter entstünde, eine sog. Realobligation[7]). Wir bekämen damit ein Recht, welches dinglich und obligatorisch, absolut und relativ zu gleicher Zeit wäre. Als dingliches Recht müßte es dem Gläubiger eine unmittelbare Herrschaft über die Sache selbst gewähren und diese könnte in nichts Anderem bestehen, als in dem Verkaufen-Können der Sache und dem Aneignen-Können eines entsprechenden Theiles des erlösten Preises. Als obligatorisches Recht dagegen müßte diese Realobligation den jeweiligen Eigenthümer der Sache zu einem Thun verpflichten, und dieses Thun könnte in nichts Anderem bestehen als in einem Gewähren, Einräumen der Verkaufsmöglichkeit und der dadurch bedingten Aneignungsmöglichkeit des entsprechenden Erlöses, keineswegs aber in einem Leisten des Hypotheken- bezw. Grundschuldbetrags und seiner Accessionen. Denn sonst hätte ja die obligatorische Seite des Rechts einen andern Inhalt als die dingliche. Da aber der Gläubiger das Verkaufs- und Aneignungsrecht schon vermöge der dinglichen Eigenschaft der Realobligation hat, so wäre die obligatorische Seite derselben vollständig überflüssig, ja unsinnig.

---

7) Vgl. Bähr in d. Jahrbb. XI. S. 49 ff., S. 96 ff.

Widerstrebt also der juristischen Construction eine solche Verquickung dinglicher und obligatorischer Elemente, so bleibt uns Nichts übrig als in der Preuß. Grundschuld und Mecklenburger Hypothek entweder ein blos dingliches oder blos obligatorisches, oder aber zwei Rechte, sowohl ein dingliches als auch ein obligatorisches zu sehen. Und in Wirklichkeit finden diese drei verschiedenen Auffassungen in der Wissenschaft ihre Vertretung. So statuirt Meibom[8]) ein lediglich wenn auch modificirtes obligatorisches Recht, das sich gegenüber der gewöhnlichen Obligation durch eine dreifache Eigenthümlichkeit charakterisirt: einmal daß die Person des Schuldners durch das Eigenthum am Grundstück bestimmt wird; sodann daß der jeweilige Eigenthümer Schuldner ist; und endlich daß dieser Eigenthümer nur mit dem belasteten Grundstück, nicht persönlich mit seinem übrigen Vermögen für die Befriedigung des Gläubigers haftet. Wäre die Mecklenburger Hypothek nichts weiter als ein derartiges obligatorisches Recht, so stünde ihr praktischer Werth dem der gewöhnlichen Obligation bedeutend nach. Denn für die letztere ist das gesammte Vermögen des Schuldners eventuelles Executionsobject, während der Mecklenburger Hypothekargläubiger sich nur an die bestimmte Sache halten könnte und auch dabei noch die Concurrenz sowohl der übrigen Hypothekar- als gewöhnlichen Gläubiger ertragen müßte. Allein in Wirklichkeit geht der Mecklenburger Hypothekargläubiger allen gewöhnlichen Gläubigern vor und gegenüber anderweitigen Hypothekargläubigern kommen die auf dem modernen Hypothekenbuchwesen beruhenden Prioritätsgrundsätze zur Anwendung. Diese wichtigste und von Meibom bei jener Charakterisirung übergangene Eigenthümlichkeit der Mecklenburger Hypothek erklärt sich aber

8) Das Mecklenburgische Hypothekenrecht S. 39.

nicht mehr aus obligatorischen Rechtsprincipien. Denn wie sollte die Execution eines Gläubigers wegen einer Geldforderung auf ein spezielles Object beschränkt und dabei jeder Dritte bis zur vollen Befriedigung des Hypothekargläubigers von diesem Objecte ausgeschlossen sein können, wenn dem letztern nicht ein dingliches, also absolut gegenüber Jedermann wirksames Recht daran zusteht?

Auf einer ebenso einseitigen Auffassung beruht die anderweitige in der Wissenschaft, insbesondere von Bremer[9]) vertretene Ansicht, welche in der Mecklenburger Hypothek und der Preußischen Grundschuld ein blos dingliches selbständiges Recht, ein sog. Werthrecht sieht. Die Hingabe der Summe von Seiten des Gläubigers, für welche die Hypothek bezw. Grundschuld bestellt wird, wäre alsdann nicht die Constituirung einer Obligation, sondern die Prästation des Aequivalents für das constituirte oder zu constituirende Werthrecht, eine Art Reallastbegründung. Ferner würde die Zahlung der Schuldsumme von Seiten des Schuldners nicht Tilgung der Schuld, sondern Ablösung einer Reallast sein; denn sonst ließe es sich nicht erklären, wie das dingliche und daher Jedermann gegenüber wirkende Werthrecht durch die Leistung eines einzelnen Individuums untergehen kann. Ebenso wären die Hypotheken-Zinsen keine wahren Zinsen, sondern eine Vergütung für die Nichtausübung des Werthrechts während einer gewissen Zeit. Daß alle diese Consequenzen den Verkehrsanschauungen widersprechen, dürfte wohl nicht mit Fug bezweifelt werden. Am allerwenigsten aber ließe es sich begreifen, wie ohne Obligation der Berechtigte von dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes Zahlung nach Maßgabe des Eintrags im Hypothekenbuche sollte verlangen können[10]).

9) Hypothek und Grundschuld S. 54 ff.

10) Vgl. auch Meibom a. a. O. S. 155 und Hartmann a. a. O. S. 137.

Den mißlichen Consequenzen der zwei erwähnten Aufstellungen entgehen wir nur durch Adoptirung der dritten Ansicht, wonach auch der Mecklenburger Hypothek und Preußischen Grundschuld eine Obligation zu Grunde liegt, dieselben also die accessorische Natur der gemeinrechtlichen Hypothek gewahrt haben. Dabei müssen wir aber ein Doppeltes wohl im Auge behalten. Einmal daß diese accessorische Natur des Pfandrechts nur darin besteht, daß dasselbe den nehmlichen Zweck verfolgt wie die Obligation, nur ein zweites Mittel für die Erreichung des obligatorischen Zwecks ist. Sodann daß wir zwischen zweierlei Arten von Obligationen zu unterscheiden haben, zwischen den formalen und den materiellen. In der formalen Obligation wird der obligatorische Zweck lediglich um seines rechtlichen Bestandes willen geschützt, in der materiellen dagegen nur mit Rücksicht auf den rechtlichen Grund seines rechtlichen Bestandes. Dieser Unterschied muß sich selbstverständlich auch geltend machen für das secundäre Mittel des Pfandrechts, das hinter der einen oder andern Obligation steht. Soll eine materielle Obligation durch ein Pfandrecht versichert werden, so nimmt dasselbe die obligatorische caussa als eigene causса vollständig in sich auf. Dient dagegen das Pfandrecht zum Schutze einer Formalobligation, so nimmt es aus der letztern nur so viel in sich auf, als zu seiner Individualisirung als eines secundären Zweckmittels im Verhältnisse zu dem primären Zweckmittel der Obligation nöthig ist. Nun kann im Interesse der Sicherheit und Raschheit des Creditumlaufs die Abstractheit der formalen Obligation so weit gehen, daß auch von den Persönlichkeiten der ursprünglichen Contrahenten vollständig abgesehen wird. Alsdann werden als Individualisirungsmomente der entsprechenden Hypothek lediglich die Schuldsumme nebst etwaigem Zinssatze sowie die Zahlungszeit aus der Obligation herüberge-

nommen. Und so ist es bei der Mecklenburger Hypothek und Preußischen Grundschuld. Die abstracte Obligation, die ihnen zu Grunde liegt, characterisirt sich durch folgende Eigenthümlichkeiten:

1) Sie ist losgelöst von dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, welches die Begründung der Hypothek bezw. der Grundschuld veranlaßte.

2) Sie ist losgelöst von den ursprünglichen Persönlichkeiten dieses Schuldverhältnisses. Schuldner ist der jeweilige Eigenthümer der belasteten Sache als solcher und Gläubiger der jeweilige legitimirte Inhaber der Hypothek bezw. Grundschuld.

Aus beiden Eigenthümlichkeiten ergibt sich eine Beschränkung der Einredevertheidigung.

3) Sie ist losgelöst von dem Vermögen des Schuldners. Derselbe haftet für die abstracte Obligation nur bis zum Werthe der Pfandsache, d. h. er kann sich durch Preisgabe derselben an den Gläubiger von seiner Verpflichtung befreien. Wir haben also hier einen der actio noxalis analogen Fall.

4) Sie ist eine Scripturobligation. Deßhalb ist ihre Begründung, Fortdauer und Umfang bedingt durch Eintragung der Hypothek bezw. Grundschuld im Hypothekenbuche. M. a. W. ein und derselbe Bucheintrag verkörpert sowohl die Hypothek bezw. Grundschuld als auch die Obligation.

Daß aber eine wirkliche Obligation sowohl der Mecklenburger Hypothek als der Preußischen Grundschuld zu Grunde liegt, ergibt sich abgesehen von dem Sprachgebrauche der einschlägigen Gesetze mit unzweifelhafter Sicherheit sowohl daraus, daß der Gläubiger behufs Ausübung seines hypothekarischen Rechtes ein Zahlungsmandat erwirken muß, als auch daraus, daß durch Leistung der Hypothekar- bezw. Grundschuldsumme

die dingliche Klage vereitelt bezw. ein Recht auf Löschung der dinglichen Belastung im Hypothekenbuche begründet wird[11]).

Wir haben bisher gesehen, daß die Zweckbeziehung, in welcher das Pfandrecht zu der Obligation steht, keineswegs zu der logischen Schlußfolgerung führt, daß das erstere nicht ohne die letztere entstehen und bestehen kann, und zwar deßhalb, weil der mit dem obligatorischen identische Pfandrechtszweck eben auch schon vor der Obligation vorhanden ist und ohne dieselbe vorhanden sein kann. Man könnte nun gegen diese Deduction weiterhin einwenden, dieselbe berühre nur den secundären Zweck des Pfandrechts, welcher in dem Bekommensollen der obligatorischen Leistung besteht. Das Pfandrecht habe aber auch noch einen primären Zweck, welcher in der Sicherung der Obligation bestände. Dieser köune vor und ohne die Obligation nicht vorhanden sein, und deßhalb auch das Pfandrecht nicht.

Die Unhaltbarkeit eines derartigen Einwurfs ergibt sich aus einem doppelten Momente. Einmal daraus, daß primärer und secundärer Zweck zusammenfallen; denn nur in der eventuellen Veräußerungsbefugniß ist die Sicherheit der Obligation gegründet. Sodann aus der näheren Betrachtung dessen, was durch das Pfandrecht gesichert wird. Nun sehen wir aber, daß dieß keineswegs die Existenz der Obligation ist, da ja alle obligationsvernichtenden Ereignisse dieselbe trotz des Pfandrechts zerstören. Vielmehr sichert das Pfandrecht nur die Erfüllung der Obligation. Denn, sagt Papinian in L. 3 §. 4 D. de admin. rer. (50. 8)

... In eum casum pignora videntur data, quo recte

---

11) Vgl. auch Bar im Archiv f. civilist. Praxis Bd. 53 S. 362 ff. — Bruns in Holtzendorffs Encyclopädie I. (2. Aufl.) S. 375. — Voß in Behrends Zeitschrift VIII. S. 496 ff. — Hartmann a. a. O. S. 140. 141.

conventitur, videlicet postquam res ab eo servari non potuerit, pro quo intercessit.

Schützt demnach das Pfandrecht nur die Erfüllung der Obligation, so würde es nach jener Zweckargumentation vor der Ausübung derselben zwecklos sein und seine Existenz vor diesem Zeitpunkte ließe sich nicht einsehen. Da nun aber ganz entschieden das Pfandrecht schon vor der Ausübung der Obligation vorhanden sein kann, so muß es auch vor der Obligation selbst vorhanden sein können. So gut das Pfandrecht für eine bereits bestehende Obligation bestellt werden kann, obschon es vielleicht niemals ausgeübt wird, ebensogut kann es auch bestellt werden für eine zukünftige Obligation, die vielleicht niemals in's Leben tritt. Es ist mit andern Worten das gemeine Pfandrecht begrifflich nicht blos ein accessorisches, sondern auch ein eventuelles Recht, ein Recht, welches stets nur ausgeübt werden soll, für den Fall, daß die versicherte Obligation nicht erfüllt wird. Daß die moderne Hypothek diese eventuelle Natur mitunter abgestreift hat, haben wir oben gesehen. Der Unterschied zwischen beiden Systemen läßt sich folgender Maßen formuliren. Nach gemeinem Rechte ist die Nichtbefriedigung des Gläubigers positive Voraussetzung für die Ausübung des Pfandrechts, d. h. letzteres kann nur ausgeübt werden, wenn der Schuldner bei Verfall trotz geschehener rechtsverbindlicher Zahlungsaufforderung die Obligation nicht erfüllt. Nach modernem Hypothekenrechte dagegen ist die Nichtbefriedigung des Gläubigers negative Voraussetzung für die Ausübung des hypothekarischen Rechts, d. h. letzteres kann bei Verfall ohne Weiteres ausgeübt werden, außer wenn der Schuldner die Obligation erfüllt hat.

Weil die Forderung keine Existenzialbedingung des Pfandrechtes, und weil der Charakter der Eventualität im Wesen des-

selben begründet ist, deßhalb kann man das Pfandrecht für eine künftige Obligation auch nicht ein pendentes Rechtsverhältniß im eigentlichen Sinne des Wortes nennen [12]). Das Pfandrecht ist sowohl vor als nach dem Eintritte der Obligation ein pendentes Rechtsverhältniß gerade wie die Bürgschaft und Pönalstipulation [13]) nur in dem Sinne, daß es möglicher Weise zu seiner Ausübung gar nicht kommt.

II.

Hat nun die gewöhnliche Ansicht von der accessorischen Natur des Pfandrechtes in der Natur der Sache und der juristischen Logik keinen Halt, so sollte man bei der Allgemeinheit dieser Theorie glauben, daß dieselbe wenigstens in dem positiven Rechte begründet wäre. Allein nicht eine einzige Quellenstelle spricht dafür, während eine ganze Reihe von Gesetzen für das Gegentheil angeführt werden kann. Und zwar lassen sich dieselben auf zwei große Kategorieen zurückführen. Wir haben eine Anzahl von Stellen, welche den Satz enthalten, daß das Pfandrecht vor der Obligation entstehen kann, und eine Anzahl solcher, welche bestimmen, daß es nach der Obligation fortdauern kann.

Betrachten wir zunächst die ersteren, so gehören hierher:

1) Die L. 5 pr. D. de pign. (20. 1) Marcian. libro sing. ad form. hyp.

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos sive emtio et venditio contrahitur vel etiam locatio et conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub conditione, sive in praesenti contractus est sive

---

12) So Dernburg I. S. 526. — Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 119. — Exner, Pfandrechtsbegriff S. 104.

13) Vgl. L. 35 D. de jud. (5. 1).

etiam praecedat. **Sed et futurae obligationis nomine dari possunt**...

Unter dieser **futura obligatio** ist auf jeden Fall eine solche Obligation zu verstehen, von welcher noch gar Nichts existirt, zu welcher noch nicht einmal der Grund gelegt ist. Es ist nach dem ganzen Zusammenhang der Stelle insbesondere nicht etwa an eine bedingte oder betagte Forderung zu denken oder an eine solche, die möglicher Weise aus einem bereits bestehenden obligatorischen Verhältnisse wie z. B. aus Mandat, Geschäftsführung, Vormundschaft u. dgl. hervorgeht [14]). Nimmt man nun die Stelle, wie sie ist, und trägt Nichts hinein, so spricht sie den ganz klaren Satz aus: Sachen können auch für eine zukünftige Obligation zur Hypothek gegeben werden. Man sollte nun glauben, daß diese Worte nach allen Regeln der Grammatik und Logik nichts Anderes bedeuten können, als: für eine zukünftige Forderung können Sachen mit der Wirkung gegeben werden, daß an ihnen das dingliche Recht, welches man Hypothek nennt, entsteht. Allein die Gegner sagen: eine Verpfändung finde zwar statt, der contractus pigneraticius sei freilich vollauf wirksam, aber ein Pfandrecht entstehe erst mit der Forderung [15]). Geradeso, sagt Scheurl, könnten Sachen für eine künftige Ehe dotis nomine zu Eigenthum gegeben werden, aber eine dos entstehe erst mit der Ehe. Allein dieses letztere Axiom hat seinen guten äußern wie innern Grund. Denn auf der einen Seite sagt die L. 3 D. de jure dot. (23. 3) ausdrücklich

... neque enim dos sine matrimonio esse potest,

während wir einen gleichen Ausspruch bezüglich des Pfandes für

---

14) Vgl. über die verschiedenen Auslegungen der futura obligatio Regelsberger, Zur Lehre vom Altersvorzuge der Pfandrechte. §. 11.

15) So Scheurl in der Krit. Vierteljahrschrift II. S. 499. — Wendt, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft S. 28. — Windscheid, Pand. I. §. 225 S. 720.

eine zukünftige Forderung nicht haben. Auf der andern Seite betrachten die Römer die dos als ein von Seiten der Frau herrührendes theilweises Aequivalent für die vom Manne übernommenen ehelichen Lasten, also als Mittel zu einem Zwecke, dessen Vorhandensein in concreto vor der Ehe undenkbar ist, weil die Lasten derselben zu seinem begrifflichen Inhalte gehören: während die Obligation als Mittel des obligatorischen Zwecks nicht zum begrifflichen Inhalte des mit diesem identischen Pfandrechtszwecks gehört. Außerdem ist aber die dos kein besonderes spezifisches Recht, sondern ein allgemeiner juristischer Charakter, welchen jedes beliebige Vermögensrecht annehmen kann. Sie ist nur irgend ein Vermögensrecht in der Richtung auf den besondern Ehezweck. Werden daher Gegenstände vor der Ehe dotis nomine hingegeben, so entsteht nach Abschluß des betreffenden Rechtsgeschäftes kein vacuum, sondern immerhin Eigenthum, Emphyteuse, Obligation, Schuldbefreiung u. dgl. Aber was soll nach Abschluß des Pfandvertrags für eine künftige Obligation entstehen? worin soll dessen „volle Wirksamkeit" bestehen? Scheurl und Wendt werfen sich diese mißliche Frage nicht einmal auf. Windscheid beantwortet sie mit der Statuirung einer „Pfandgebundenheit". Wir dürfen billig fragen, was für ein Rechtsverhältniß diese Pfandgebundenheit sei, zunächst ob ein obligatorisches oder ein dingliches? Windscheid[16]) erklärt sich für die Dinglichkeit derselben. Schade, daß er uns keinen näheren Aufschluß darüber gibt, und daß die Römer Nichts davon wissen. So viel aber läßt sich mit aller Bestimmtheit sagen, daß diese Pfandgebundenheit, falls sie nicht etwa das Unding einer dinglichen Obligation sein soll, nur ein eigentlich dingliches Recht mit dem Inhalte des Pfandrechts, also nur das Pfandrecht selbst sein kann.

16) Pand. §. 242 N. 8.

In ähnlicher, aber doch wieder verschiedener Weise sucht sich Ihering die Sache zurechtzulegen. Dieser Schriftsteller operirt[17]) mit dem von ihm aufgestellten Begriffe der „passiven Wirkungen der Rechte". Durch die Verpfändung einer Sache für eine zukünftige Obligation trete kein Pfandrecht, sondern nur eine „Gebundenheit der Sache" ins Leben. Allein so richtig Iherings neuer Begriff zur Erklärung vieler anderweitiger Erscheinungen auf dem Gebiete des Rechtes sein mag, in unserm Falle ist er nicht anwendbar. Zunächst muß doch diese Gebundenheit der Sache einen Inhalt haben, und in was Anderem sollte dieser bestehen, als in einer Pfandgebundenheit? Und außerdem haben wir in der Person des Gläubigers bereits ein Subject, zu dessen Gunsten die Gebundenheit der Sache besteht, so daß von einer lediglich passiven Wirkung des Pfandrechts nicht die Rede sein kann, sondern auch die active Seite eines (gleichviel welchen) Rechtes vorhanden ist. Es bliebe also Nichts übrig, als ein vollständiges dingliches Zwischenrecht anzunehmen, das sich in Folge der Entstehung der zukünftigen Obligation von selbst in das intendirte Pfandrecht umwandelt. Leider kennen aber unsere Quellen kein derartiges Zwischenrecht.

2) Papinian entscheidet in der L. 1 pr. D. qui pot. (20. 4) nachstehenden Fall:

Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit; subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit; mox residuae quantitatis numeratio impleta est; quaerebatur de pignore. Quum ex caussa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellatur, non utique solutionum observanda sunt tem-

17) In d. Jahrbüchern X. S. 484.

pora, sed **dies contractae obligationis**: nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.

Es handelt sich in dieser Stelle um eine Pfandbestellung für eine künftige Dotalobligation. Nehmlich der Promittent einer dos sichert sich die dereinstige Restitution derselben dadurch, daß er sich bei der Promission gleichzeitig vom Ehemanne ein Pfandrecht bestellen läßt. Nachdem alsdann der Promittent einen Theil der versprochenen Summe ausbezahlt hat, gibt der Ehemann die dem Promittenten verpfändete Sache auch einem Dritten zu Pfand. Und erst darnach erfolgt die Restzahlung von Seiten des Promittenten der dos. Papinian entscheidet nun die streitige Prioritätsfrage dahin, daß das Pfandrecht des Dosbestellers auch in Ansehung der durch die Restzahlung begründeten Dotalobligation dem Pfandrechte des Dritten vorgehe, indem jenes vom Tage des Dotalversprechens, also des Pfandvertrages an datire. Als Grund seiner Entscheidung gibt **Papinian** die in Folge der Promission entstandene Verpflichtung des Promittenten zur vollständigen Auszahlung der versprochenen dos an, allein nicht als Grund für die **Existenz** des Pfandrechtes seit jenem Zeitpunkte, sondern als Grund für den **Vorrang** desselben, m. a. W. nicht als feststehenden Grund für die Richtigkeit eines von ihm aufgestellten allgemeinen Rechtsaxioms, sondern als zufälligen Grund für seine Entscheidung der concreten Streitfrage. Es wäre nehmlich denkbar, daß trotz der im Momente der Dospromission erfolgten Bestellung des Pfandrechts der Rang desselben nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Contrahenten erst vom Momente der wirklichen Auszahlung der versprochenen Summe und Begründung der Dotalobligation an datiren sollte. Einer solchen modifizirenden Verabredung steht ja rechtlich Nichts im Wege. Denn einerseits kann die rechtliche Lage dritter Pfand-

gläubiger dadurch nur verbessert werden. Auf der andern Seite widerspricht dieselbe auch nicht dem Pfandrechtsbegriffe, weil der Rang kein demselben immanenter Bestandtheil ist, sondern nur eine positive Qualität als Lösungsmittel einer Collision concurrirender Rechte, dessen nähere Bestimmung dem Privatwillen der Contrahenten anheimgegeben ist, sofern nicht Gesetz oder wohlerworbene Rechte Dritter widersprechen. Aber immerhin ist der Rang durch die Existenz des Pfandrechts bedingt, so daß also zwar ein Pfandrecht ohne Rang, aber kein auf das Prinzip „prior tempore potior jure" gebauter Rang ohne oder vor der Existenz eines Pfandrechts bestehen kann. Darum kann man nicht mit Regelsberger[18]) die Entscheidung unserer Stelle mit der herkömmlichen Ansicht dadurch in Einklang bringen, daß man sagt, es entstünde für jede Ratenzahlung ein besonderes Pfandrecht im Momente der Zahlung, die Priorität dieser verschiedenen Pfandrechte aber werde nach dem Zeitpunkt der Verpfändung bestimmt.

Wenn also auch aus allgemeinen Gründen nach dem Willen der Interessenten eine Nachdatirung eines entstandenen Pfandrechtes denkbar und möglich ist, so wendet sich doch Papinian im vorliegenden Falle gegen eine derartige Willenssupposition mit dem Grunde, daß in Folge seines Versprechens der Promittent zur Numeration der dos angehalten, also auch ohne seinen Willen zum Gläubiger gemacht werden kann, und daß deßhalb derselbe als vernünftiger Mensch — und einen solchen setzen die Römer bei der Auslegung zweifelhafter Willensäußerungen immer voraus — nicht daran gedacht haben kann, den Rang seines Pfandrechts nachzudatiren. Den gegen die Grundlage dieser Willensinterpretation möglicher Weise zu erhebenden Einwand, daß ja der Promittent der Nothwendigkeit

18) A. a. O. S. 42.

der Restzahlung durch eine auf die spätere Verpfändung des Ehemannes gestützte exceptio doli hätte entgehen können, beseitigt Papinian schließlich durch Verweisung auf den das Römische Dotalrecht beherrschenden favor dotis.

Die L. 1 cit. wurde von jeher als die für die gegnerische Theorie gefährlichste Stelle angesehen, und deßhalb hat es auch nie an Versuchen gefehlt, sie durch gekünstelte Interpretation unschädlich zu machen. Die Erklärung der neuesten Schriftsteller [19]) geht nun dahin, daß die Verbindlichkeit zur Restitution der Dos nicht durch die numeratio, sondern durch die constitutio dotis, d. h. in unserm Fall durch die promissio dotis contrahirt werde, so daß also zur Zeit der Pfandbestellung die zu sichernde Obligation bereits bestanden hätte [20]). Dagegen genügt die einfache Bemerkung, daß die versicherte Obligation auf Restitution und zwar an den Geber der dos geht, nicht etwa wie in der von Windscheid a. a. O. S. 74 cit. L. 33 D. sol. matr. (24. 3) auf Leistung an einen Dritten. Auf der einen Seite hat nun aber die Restitution zur begrifflichen Voraussetzung eine vorausgegangene Hingabe, während auf der andern Seite die dos promissa der dos soluta vom Standpunkte des Dosbestellers aus durchaus nicht gleich ist. Wir kämen also nach der Auffassung der Gegner zu einer Obligation ohne Inhalt, einer Schale ohne Kern. So wenig der Darlehensversprecher einen Anspruch auf Rückgabe der Darlehenssumme vor Auszahlung derselben hat, eben so wenig hat der Dosversprecher einen Restitutionsanspruch vor der Hingabe der dos. Und deßhalb hat der Restitutionskläger nicht etwa zur Abwehr einer möglichen exceptio non numeratae

19) Ueber die Erklärungsversuche der älteren vgl. insb. Dernburg I. S. 532 N. 9 u. Regelsberger a. a. O. §. 13.

20) Vgl. z. B. Windscheid im Arch. f. civ. Prax. Bd. 35 S. 73. 74. Schenrl a. a. O. S. 504 u. Wendt a. a. O. S. 30. 31.

dotis die Auszahlung der dos darzuthun — was materiell Replik wäre —, sondern zur Fundamentirung seiner Restitutionsklage.

Für das aus unserer Stelle sich ergebende Resultat ist es schließlich vollständig einerlei, ob man dabei von der allgemeinen, aber, wie schon Regelsberger[21]) bemerkt hat, ganz willkürlichen Supposition ausgeht, daß es sich in derselben um eine sog. dos recepticia handle, deren Rückfall also besonders stipulirt werden mußte, oder aber ob man darin eine vom Vater der Frau bestellte dos findet, welche nach Rechtsvorschrift an ihn zurückkommen kann.

Unter ganz anderen Voraussetzungen als denen der L. 1 D. cit. entscheidet Paulus einen in L. 4 D. quae res pignori (20. 3) enthaltenen Rechtsfall in gerade entgegengesetzter Weise. Diese Stelle lautet:

Titius, quum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit: quum in potestate fuerit debitoris post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis numeratae pecuniae tempore habuerit.

Liest man dieses Fragment ohne Vorurtheil, so ergibt sich, daß die Entscheidung des Paulus nicht etwa auf einer prinzipiellen Rechtsdeduction beruht, insbesondere nicht auf einer solchen, die aus dem Satze hergeleitet werden könnte, daß vor der Obligation kein Pfandrecht existiren kann, sondern lediglich auf einer Auslegung der schuldnerischen Willensäußerung. Mit

21) A. a. O. S. 41 N. 9.

aller Bestimmtheit geht dieß hervor aus dem Passus: eo tempore pignoris obligationem contractam videri, es ist als Zeit der Pfandbestellung der Moment anzusehen, wo u. s. w. Der Geschäftsabschluß wird also in jenen Zeitpunkt verlegt, und nicht etwa blos die Existenz des Pfandrechts, nachdem der Pfandvertrag längst vorausgegangen war. Denn wäre der Pfandnexus der unverkauften Gegenstände auf die frühere Beredung zwischen Titius und Mävius zurückzuführen und der Nichteintritt des Pfandrechts in jenem Momente lediglich daraus zu erklären, daß die condicio juris desselben, die Darlehensobligation, noch nicht vorhanden war, so ließe sich durchaus nicht einsehen, warum die nachträglich verkauften Gegenstände nicht ebenfalls haften sollten, da ja die condicio juris später erfüllt wurde. In diesem vorausgesetzten Falle läge doch der das Pfandrecht constituirende Act blos in jener Beredung und seine Wirkung müßte sich deßhalb auf alle damals destinirten Pfandobjecte beziehen, und zwar mit dinglicher Kraft, die durch den spätern Verkauf nicht abgestreift werden konnte. Dieser mit Paulus Entscheidung unvereinbaren Consequenz können wir uns allein durch die Annahme entziehen, daß in jener Destination kein Pfandvertrag, sondern nur eine unverbindliche Beredung zu verstehen ist. Die eigentliche Disposition ist erst in der Darlehnsaufnahme enthalten, und dann versteht sich die Freiheit der vorher verkauften Gegenstände von selbst, weil eben der Verpfänder jetzt nicht mehr Eigenthümer derselben ist. Die ganze Entscheidung des Paulus dreht sich um die Frage: was ist als pfandmäßige Disposition anzusehen? und da entscheidet er sich der Lage des Schuldners entsprechend für die Darlehensaufnahme. Deßhalb heißt es auch: quasdam res hypothecae nomine dare destinavit und nicht dedit. Titius sagte nach dem Sinne des Paulus: Sollte ich von Dir, Mävius, das besprochene Darlehen aufnehmen, so soll dieß

nur gegen Hypothekenbestellung an den und den Gegenständen geschehen. Es wird also durch die frühere Beredung nur die rechtliche Bedeutung der spätern Darlehensaufnahme erläutert. Als Grund für diese Interpretation ist nach dem Gedanken des Paulus anzunehmen, daß ein verständiger Mann sein Vermögen nicht eher verpfändet und sich so seine Dispositionsgewalt schmälert, als es absolut sein muß.

Noch mehr muß sich eine solche Willensinterpretation aufdrängen, wenn die Darlehensaufnahme in ganz unbestimmte Aussicht genommen, oder die Höhe der Darlehenssumme noch ganz ungewiß ist. Von diesen Fällen handeln die L. 11 pr. D. qui pot. (20. 4) (Gaj.)

> Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acciperet sit ei res obligata, licet ab hoc postea accepit. Poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

und die L. 1 §. 1 D. eod. (Pap.)

> Alia caussa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certum numerasset, ac forte prius quam numeraret, alii res pignori data est.

Daß im letztern Falle auch eine andere Bestimmung der Parteien möglich ist, ersehen wir an der später zu besprechenden Credithypothek.

Man betrachte einmal zur Veranschaulichung der unter Ziffer 2 aufgeführten und erörterten Quellenstellen folgende Gradation:

Für die 1000 Mark, welche Du mir als Darlehen versprochen hast und welche ich in den nächsten Tagen bei Dir erheben werde, bestelle ich Dir hiermit eine Hypothek an meinem Hause.

Für die 1000 Mark, welche ich die nächsten Tage

als Darlehen von Dir aufzunehmen gedenke, bestimme ich mein Haus als hypothekarisches Object.

Sollte ich zu irgend einer Zeit von Dir 1000 Mark als Darlehen aufnehmen, so sollst Du an meinem Hause hypothekarische Sicherheit haben.

Für die Summe, welche ich innerhalb zweier Jahre als Darlehen von Dir aufnehmen sollte, gebe ich Dir an meinem Hause hypothekarische Sicherheit.

Daß die obigen Quellenentscheidungen rein auf Interpretation des Parteiwillens beruhen, ergibt sich mit aller möglichen Sicherheit auch aus der L. 9 §. 1 D. eod. African sagt hier:

> Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coepisset, si modo non ea condicio sit, quae invito debitore impleri non possit;

also wenn für eine bedingte Obligation ein Pfandrecht bestellt wurde, soll der zweite unbedingte Pfandgläubiger dem bedingten im Pfandrange dann vorgehen, wenn die Bedingung der Obligation für den Schuldner potestativ ist. Läßt sich etwa diese Entscheidung lediglich aus Pfandrechtsgrundsätzen erklären? Keineswegs; denn da die bedingte Forderung immerhin eine existente Forderung ist, so müßte der erste d. h. bedingte Gläubiger vorgehen, falls African in der bei Contrahirung der bedingten Obligation stattgehabten Pfandberedung die eigentliche Pfanddisposition sähe. Dieß geht mit Nothwendigkeit aus dem folgenden §. 2 des citirten Fragments hervor, wo der Vorrang des bedingten Pfandgläubigers sogar für den Fall statuirt wird, daß die erfüllte Bedingung nicht retrotrahirt wird, was ja bei der bedingten Legatenforderung der Fall ist. Wir können deßhalb die L. 9 §. 1 cit. nur dadurch erklären, daß nach Africans auf die wahrscheinliche Willensintention des

Schuldners gestützter Annahme unter der gegebenen Voraussetzung die Pfandbestellung erst durch die wirkliche Erfüllung der Potestativbedingung seitens des Schuldners stattfindet. Diese Erfüllung ist hinsichtlich des Pfandvertrags der eigentlich dispositive Akt; was vorausging, ist in Ansehung desselben bloße Beredung.

3) Man hat mitunter[22]) als Beleg für die Möglichkeit eines Pfandrechtes zur Sicherstellung einer obligatio futura die Quellenstellen angeführt, in welchen anerkannt ist, daß ein Pfandrecht bestellt werden kann für eine bedingte, betagte oder eine solche Forderung, die aus einem allgemeinen zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden obligatorischen Verhältnisse, z. B. aus Mandat, Miethe, Vormundschaft u. dgl. hervorgehen kann[23]). Allein wenn man auch diese Obligationen, wie dieß Paulus in L. 89 D. de V. O. (45. 1) bezüglich der noch nicht fälligen Pachtschillinge des Colonen thut, obligationes futurae nennen mag, so sind sie es doch in einem ganz andern, als dem bisher zu Grunde gelegten Sinne. Denn in allen solchen Fällen ist die Obligation bereits dem Keime nach, wenn auch noch nicht ausgebildet, vorhanden, und so sind diese Obligationen auch wieder obligationes praesentes. Deßhalb kann Dernburg[24]) insbesondere nicht die L. 39 §. 5 D. de admin. tut. (26. 7) als Belegstelle für den Satz anführen, daß das Pfandrecht der Obligation vorhergehen kann. Denn auch in dieser Stelle handelt es sich um eine bedingte und somit bereits existente Obligation. Papinian sagt nehmlich Folgendes:

---

22) So namentlich Dernburg I. S. 522 ff.

23) Vgl. L. 9 pr. — §. 2 L. 11 §. 1. L. 18 D. qui pot. (20. 4). Vgl. auch L. 9 §. 1 D. de pign. act. (13. 7) in Verb. mit §. 3 I de fidej. (3, 20, 21) u. Regelsberger a. a. O. S. 44.

24) A. a. O. S. 526 N. 14.

Curatores adolescentis mutui periculi gratia cautionem invicem sibi praebuerunt et in eam rem pignora dederunt; cum officio deposito solvendo fuissent, irritam cautionem fuisse et pignoris vinculum solutum apparuit.

Aber ganz entschieden spricht dieses Fragment dafür, daß die accessorische Natur des Pfandrechts nicht in dem herkömmlichen Sinne verstanden werden darf. Denn ist das Forderungsrecht begriffliche Voraussetzung des Pfandrechts, so afficirt die der Forderung beigefügte Bedingung auch das Pfandrecht der Art, daß dasselbe ebenfalls ein bedingtes ist, und zwar nicht allein durch die juris condicio der Existenz der Forderung, sondern auch durch die der letztern beigefügte facti condicio. Kommt nun wegen Deficienz der Bedingung die pendente Forderung nicht zur definitiven Existenz, so kann auch das Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangen. Und dann kann Papinian auch nicht von der Voraussetzung ausgehen, daß das „pignoris vinculum", das Band des Pfandrechtes, geknüpft und nun wieder „gelöst" worden sei. Die Auslegung Scheurl's[25]), es könne die Phrase: „pignoris vinculum solutum" von einer Verpfändung gebraucht werden, aus der es zur wirklichen Entstehung eines Pfandrechts gar nicht gekommen ist, halte ich so lange für unmöglich, als Papinian noch Papinian und nicht ein „aufgelöstes Band" gleichbedeutend ist mit „gar keinem Band".

4) Allen Erklärungsversuchen der Gegner spottet die sog. Credithypothek. Hat ein Banquier einem Kaufmann einen Credit eröffnet und sich zum Schutze seiner aus dem Creditverhältnisse entstehenden künftigen Forderungen ein Pfandrecht, sei es in der Form der Hypothek oder des Faustpfandes bestellen

25) A. a. O. S. 502.

lassen, so unterliegt es nach der Auffassung des Verkehrs und der gerichtlichen Praxis[26]) keinem Zweifel, daß Existenz und Rang dieses Pfandrechts vom Tage des Pfandvertrags datiren und zwar für den gesammten bei Beendigung der Creditverbindung sich ergebenden Passivsaldo des Schuldners, soweit er das etwaige Limito nicht überschreitet. Wann die einzelnen Forderungsposten entstanden sind, welche diesen Passivsaldo bilden, bleibt sich ganz gleich.

Daß nach unserer Auffassung der accessorischen Natur des Pfandrechts die Credithypothek der theoretischen Rechtfertigung nicht die geringste Schwierigkeit bietet, braucht nicht näher ausgeführt zu werden.

5) Nach modernen Gesetzgebungen kann der Eigenthümer eines Grundstücks Hypotheken bezw. Grundschulden auf seinen eigenen Namen eintragen lassen oder sich bei der Begründung einer anderweitigen Hypothek einen gewissen hypothekarischen Rang für eine etwaige später entstehende Forderung vorbehalten[27]). Da der Rang als Qualität der Hypothek kein selbständiges von der Hypothek losgelöstes Dasein führen kann, so enthält der Vorbehalt eines hypothekarischen Rangs eo ipso auch den Vorbehalt d. h. die Constituirung einer Hypothek einstweilen zu Gunsten des Eigenthümers[28]).

Bei der Construction eines derartigen Pfandrechtsverhältnisses sind zwei Fragen zu beantworten:

---

26) Vgl. über letztere Windscheid im Arch. f. c. Prax. 35. S. 77. 78 u. die dort cit. Urtheile französischer Gerichte. Derselbe, Pand. §. 242 N. 8 a. E. u. die dort angeführten deutschen Urtheile. Außerdem noch Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwaltung für Sachsen N. F. Bd. 41. S. 502 ff. Zachariä, franz. Civilrecht (6. Aufl. Puchelt) Bd. II. S. 154 N. 30.

27) Z. B. Bayr. Hyp. Ges. v. 1822 §. 150. Preuß. Ges. v. 1872 §. 26. 27 Abs. 1. Ueber das Mecklenburgische Recht vgl. Meibom a. a. O. S. 128. 138 Ziff. 1.

28) A. M. Meibom a. a. O. S. 138.

a) Besteht hier ein Pfandrecht? und
b) besteht dieses Pfandrecht zur Sicherheit einer bestehenden Forderung?

Da das Pfandrecht ein jus in re aliena ist, so sollte man glauben, dasselbe könne an der eigenen Sache nicht bestehen. In gewissem Sinne ist diese Schlußfolgerung richtig, in anderem aber auch nicht. Ein jedes Privatrecht ist eine von der Rechtsordnung geschützte Beziehung zwischen Rechtssubject und Rechtsobject. Gesteht deßhalb die Rechtsordnung ein concretes Recht zu, so bewirkt sie eine Veränderung sowohl im Rechtssubjecte als am Rechtsobjecte. Dort erzeugt sie eine rechtlich geschützte Willensherrschaft, hier eine rechtlich geschützte Zweckbeziehung. Je nachdem man nun das concrete Recht vom Standpunkte des Subjects oder des Objects aus betrachtet, wird uns dasselbe eine andere Seite zukehren. Und da Rechtssubject und Rechtsobject selbständige Existenzen sind, also auseinander gehalten werden können, so kann zunächst der abstrahirende Verstand die durch die gesetzliche Anerkennung des concreten Rechts in Subject und Object entstandenen Qualitäten getrennt betrachten und ein und dasselbe Recht auflösen in das Recht nach seiner subjectiven und das Recht nach seiner objectiven Seite. Das erstere ist dann der Zustand, welchen die objective Rechtsordnung durch Anerkennung des concreten Rechts im Rechtssubjecte hervorruft, das andere der Zustand, welchen dieselbe eben dadurch am Rechtsobjecte bewirkt. Daß aber eine solche Trennung des einzelnen Privatrechts nach seiner subjectiven und objectiven Seite nicht bloße Abstraction, sondern auch im Rechtsleben vorkommende Realität ist, kann hier im Einzelnen nicht dargethan werden; doch verweise ich in dieser Beziehung auf Ihering's geistreiche Abhandlung: „Passive Wirkungen der Rechte" in d. Jahrbüchern X. S. 387—586, wo er eine umfassende Zusammenstellung der Fälle gibt, in

welchen bloß die objective oder, wie er es nennt, „passive" Seite des Rechts vorhanden ist. Hier interessirt uns nur ein einziger dieser Fälle. Bestellt nehmlich der Eigenthümer nach modernem Rechte eine Hypothek auf seinen Namen an seiner eigenen Sache oder behält er sich einen Rang vor, so besteht das Hypothekenrecht einstweilen nur nach seiner objectiven Seite, d. h. das betreffende Grundstück ist bereits mit der Eintragung der Hypothek im Hypothekenbuche nach einer gewissen Richtung hin rechtlich affizirt, es ist mit dem rechtlichen Zwecke belegt, zur Sicherung einer Forderung zu dienen. Und darum, weil die Hypothek schon im Momente der Eintragung, wenn auch nur objectiv zur Existenz gelangt, deßhalb datirt auch ihr Rang von jenem Zeitpunkte. Und deßhalb hat Ihering Unrecht, wenn er[29]) das Pfandrecht in einem solchen Falle nicht mit seiner Begründung, sondern erst mit der Weiterbegebung des Hypothekenbriefs bezw. Umschreibung der Hypothek entstehen läßt, während bis dahin nur eine Gebundenheit der Sache vorliegen soll. Dabei geht Ihering[30]) von der vollständig schiefen Ansicht aus, als ob die Behörde die Sache binde, welche doch nicht die geringste dispositive Gewalt über das Grundstück hat, sondern Nichts ist als ein öffentliches Instrument in den Händen des Eigenthümers und Constituenten. Auch ist das Pfandrecht an der eigenen Sache, so lange dasselbe noch ausschließlich in der Person des Eigenthümers beschlossen liegt, durchaus nicht ohne alle rechtliche Bedeutung für denselben, wie Ihering ferner meint[31]). Denn dasselbe kehrt sich nicht allein gegen ihn selbst, sondern nach den Prioritätsgrundsätzen auch gegen etwaige Nachpfandgläubiger und gewährt so dem Eigenthümer eine rechtliche Macht,

29) A. a. O. S. 491.
30) A. a. O. S. 492.
31) A. a. O. S. 491.

die er als Eigenthümer nicht hat, nehmlich die Macht, diese Nachpfandgläubiger an der Aneignung einer seinem Pfandrechte entsprechenden Quote des Tauschpreises des Pfandobjectes zu verhindern.

Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß auch schon die Römer das Pfandrecht an eigener Sache kannten [32]).

Haben wir nun unsere oben aufgeworfene erste Frage, ob in den unter Ziff. 5 behandelten Fällen ein Pfandrecht bestehe, in bejahendem Sinne beantwortet, so haben wir ferner die zweite Frage zu untersuchen, ob dieses Pfandrecht auch für eine bereits existente Forderung bestehe? Die modernen Hypothekenordnungen [33]) verlangen, daß der hypothekarische Eintrag immer eine bestimmte Summe bezeichne, bis zu deren Belauf das Grundstück haften soll. Man könnte nun bei der Construction der Hypothek auf eigenen Namen zunächst daran denken, eine nach ihrer objectiven Seite begründete Obligation zu supponiren. Man könnte sagen: wie der Eigenthümer durch Pfandeintrag auf seinen Namen das Pfandrecht nach seiner objectiven Seite constituire, so auch die Obligation, für welche er die Hypothek bestellt. Dann hätten wir ein Pfandrecht für eine gegenwärtige, wenn auch noch in der Entwicklung begriffene Obligation. Diese Construction wäre bei der Mecklenburger Hypothek und der Preußischen Grundschuld, wo sich der Schuldner abstract verpflichtet, möglich, falls man seinen abstracten Verpflichtungswillen im Momente des Hypothekeneintrags als vorhanden annimmt. Dagegen ist dieselbe juristisch unmöglich nach den Gesetzgebungen, welche eine Hypothek für

---

32) Vgl. L. 17. 19. D. qui pot. (20. 4). L. 3 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). L. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2). L. 3 C. de his qui in prior. (8. 19). L. 1 C. si antiqu. cred. (8. 20) u. Windscheid, Pand. §. 248 Ziff. 4.

33) Z. B. Bayr. Hyp. Ges. §. 11 Abs. 2 u. §. 150; Sächs. bürgerl. Gesetzb. §. 389; Preuß. Ges. v. 1872 §. 23. 24; über das Mecklenburg. Recht vgl. Meibom a. a. O. S. 128 ff.

eine abstracte Forderung nicht zulassen, weil der im Augenblicke der Eintragung noch nicht vorhandene Schuldgrund einen wesentlichen Bestandtheil der objectiven Seite der Obligation bildet. Auch denkt der Constituent bei einer derartigen Eintragung zwar an eine Obligation, die er möglicher Weise in der Zukunft contrahiren könnte, aber keineswegs will er gegenwärtig schon den Grund zu einer solchen legen. Wir haben es hier mit andern Worten mit einem Pfandrecht für eine obligatio futura zu thun.

Aber nicht blos entstehen kann das Pfandrecht ohne Obligation, sondern auch fortbestehen trotz des Untergangs der Obligation. Wäre die Obligation Existenzialbedingung des Pfandrechtes, so müßte letzteres mit jener stets untergehen. Nun kennt aber das Römische Recht schon eine Reihe von Fällen, wo trotz des Unterganges des Forderungsrechts das Pfandrecht fortbesteht; und alle diese Fälle sind ebenso viel Beweise für unsere, wie Gegenbeweise gegen die herkömmliche Ansicht.

Man hat schon die Behauptung aufgestellt[34]), es läge diesen Fällen kein Prinzip zu Grunde. Allein dieß ist, von innern Gründen ganz abgesehen, schon deßhalb unwahrscheinlich, weil wir es in den einschlägigen Gesetzesstellen größtentheils nicht mit byzantinischer Gesetzmacherei, sondern mit den Aussprüchen der bedeutendsten classischen Juristen, eines Gajus, Africanus, Paulus zu thun haben, von denen nicht anzunehmen ist, daß sie prinziplos entschieden haben sollten. Aber welches ist dieses Prinzip? Aus allgemein logischen Gründen können wir antworten, daß das Prinzip des Fortbestehens des Pfandrechts nur entwickelt werden kann aus dem Prinzipe des Entstehens desselben. Denn da das subjective Recht

---

34) Z. B. Windscheid, Pand. I. S. 815.

Zweckmittel ist, so müssen die nämlichen Gründe, welche die objective Rechtsordnung bestimmen, ein solches Zweckmittel entstehen zu lassen, auch maßgebend sein für den Fortbestand desselben, und zwar deßhalb, weil das Mittel nie durch seine bloße Entstehung seine Daseinsberechtigung erschöpft. Wir werden also bei der Entscheidung unserer Frage wieder auf den Zweckbegriff des Pfandrechts zurückgeführt. Darnach ist, wie wir bereits gesehen haben, das Pfandrecht nichts weiter als ein zweites eventuelles Mittel für die Erreichung desselben obligatorischen Zwecks. Aus diesem Begriffe ergeben sich aber mit logischer Nothwendigkeit folgende zwei Consequenzen:

1) Geht die Obligation als primäres Zweckmittel unter, weil der obligatorische Zweck dahin gefallen ist, so geht auch das Pfandrecht als secundäres Zweckmittel unter.

2) Geht aber die Obligation als primäres Zweckmittel unter, ohne daß der obligatorische Zweck dahin gefallen ist, so bleibt das Pfandrecht als secundäres Zweckmittel bestehen.

Diese zwei a priori construirten Sätze haben wir nunmehr an den Aussprüchen des positiven Rechtes zu prüfen. Dadurch werden wir sowohl ihre Richtigkeit darthun als auch eine feste Basis für die Entscheidung der Fälle gewinnen, welche in den Quellen nicht besonders berücksichtigt worden sind.

1) Wegen Hinwegfallens des obligatorischen Zweckes geht die Obligation unter und deßhalb auch das Pfandrecht:

a. durch solutio[35]).

b. Durch depositio[36]).

c. Durch satisfactio, d. h. durch Alles was dem Gläubiger objectiv oder subjectiv Befriedigung verschafft. Dahin gehört:

---

35) L. 9 §. 3. 4. L. 11 §. 5 D. de pign. act. (13. 7). L. 49 D. de solut. (46. 3). C. 3 C. de luit. pign. (8. 31).

36) C. 19 C. de usur. (4. 32). C. 3 C. cit.

die **in solutum datio**[37]);
die **compensatio**[38]);
die **novatio**[39]);
die **acceptilatio**[40]);
das **pactum de non petendo.**

Was das letztere anbelangt, so glaubt Schwanert[41]), daß das Pfandrecht fortdauere, wenn der Verpfänder oder Pfandbesitzer eine dritte Person und das Pactum als pactum de non petendo **in personam** blos zu Gunsten des Schuldners abgeschlossen worden ist. Diese Ansicht ist jedoch irrig. Durch das pactum de non petendo in personam verzichtet der Gläubiger auf das petere, auf den Gebrauch des obligatorischen Zweckmittels, und da der Drittbesitzer des Pfandobjects nicht ebenfalls obligatorisch verpflichtet ist, auf jeglichen Gebrauch desselben. Nun ist aber gemeinrechtlich das gesetzliche Verhältniß des Pfandrechts zur Obligation das, daß jenes als secundäres Zweckmittel erst dann zur Anwendung kommen soll, wenn das primäre seine Dienste versagt, was durch den Verzug des Schuldners constatirt wird[42]). Die In-Verzug-Setzung bildet daher eine wesentliche Voraussetzung für die Geltendmachung des Pfandrechts. Allerdings steht rechtlich Nichts im Wege, im concreten Falle von dieser Voraussetzung zu abstrahiren; aber dann müssen sämmtliche Interessenten damit einverstanden sein. Allein dieses Einverständniß liegt in unserm Falle bezüglich des Drittbesitzers nicht vor. Deßhalb involvirt hier der Verzicht auf das obligatorische Zweckmittel

37) C. 3 C. de luit. pign. (8. 31).

38) L. 4 D. qui potiores (20. 4). C. 3 C. cit.

39) L. 11 §. 1 D. de pign. a. (13. 7).

40) L. 49 D. de solut. (46. 3). L. 27 §. 2 D. de min. (4. 4).

41) Die Naturalobligationen des Röm. Rechts S. 398. 399. Vgl. auch Dernburg II. S. 584.

42) Dernburg II. S. 122 ff.

mit logischer Nothwendigkeit einen Verzicht auf den obligatorischen Zweck, und mit diesem Zweck muß auch das Pfandrecht dahinfallen. Wir brauchen also gar nicht einmal auf die durch Nov. 4 c. 2 eingeführte sog. exceptio excussionis personalis hinzuweisen, um auch die praktische Erfolglosigkeit eines solchen pactum de non petendo in personam darzuthun. Dieses Resultat kann auch nicht, wie Schwanert[43]) meint, durch den Willen der Paciscenten alterirt werden, weil dieselben nichts logisch und gesetzlich Unmögliches mit rechtlichem Erfolge wollen können. Wenn sie die Fortdauer des Pfandrechts wollen, müssen sie auch die Fortdauer der Obligation oder vielmehr ihre Realisirung wollen, und das wollen sie eben nach Ausweis des pactum de non petendo nicht. Allerdings besteht römischrechtlich trotz des p. d. n. p. die obligatio jure civili fort, aber ausgeschlossen ist ihre Realisirbarkeit.

Mit unserer Ausführung stimmen auch die Quellen überein. Marcian sagt in L. 5 pr. D. quib. mod. (20. 6) libro singul. ad form. hyp.:

> Solvitur hypotheca et si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat;

also: die Hypothek erlischt sowohl durch Verzicht auf das hypothekarische Recht, als auch durch Verzicht auf das obligatorische Recht. Unmöglich hätte Marcian sich des Ausdrucks „solvitur" bedienen können, wenn das pactum de non petendo auch in Bezug auf das Pfandrecht nur mittels Einrede hätte geltend gemacht werden können. Die Stelle fährt sodann fort:

> nisi si quis dicat, pactum interpositum esse, ut a persona non petatur; et quid si hoc actum sit, quum forte alius hypothecam possideat? Sed quum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem et in hoc casu possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur.

43) A. a. O. S. 399.

Marcian statuirt also zunächst eine Ausnahme von der Befreiung der Hypothek für den Fall eines pactum, „ut a persona non petatur“. Was bedeuten diese Worte? Soll damit etwa blos ein eigentliches pactum de n. p. in personam ausgedrückt sein? Dann ist der Passus: „et quid — possideat?“ entweder eine Tautologie gegenüber dem Vorhergehenden, da die Möglichkeit eines p. d. n. p. in personam in unserm Falle durch den Besitz des Pfandobjects in dritter Hand bedingt ist, — oder aber er ist ein Unsinn. Bekkers[44]) Interpretation, wonach in den Worten „et quid etc.“ die Frage behandelt werden soll, ob regelmäßig da, wo das Pfand von Dritten besessen, ein solches pactum ut a persona non petatur anzunehmen sei; und wonach ferner der Ausdruck „eadem possunt dici“ bedeuten soll: „das pactum befreit auch hier das Pfand, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß es nur der Person des Schuldners nützen sollte“, ist nach dem ganzen Gedankengange der Stelle unmöglich, und insbesondere die Auslegung des „eadem possunt dici“ schon wegen des erklärenden Folgesatzes „ut et ab hypotheca discedatur“ undenkbar. Vielmehr scheint mir der Gedankengang Marcians folgender zu sein: Die Hypothek erlischt durch Verzicht auf das Pfandrecht oder durch Verzicht auf die Obligation, außer es wäre im letztern Falle der Vertrag mit dem pfandbesitzenden Schuldner dahin abgeschlossen, daß blos das obligatorische Recht, die persönliche Klage, nicht geltend gemacht werden solle, „ut a persona non petatur“. Durch einen solchen Vertrag verzichtet der Gläubiger nicht auf den obligatorischen Zweck, sondern nur auf die Realisirung desselben mittels der Obligation. Dieß kann er, ohne in einen logischen Widerspruch mit dem Wesen der Hypothek zu gerathen, da ein solcher Vertrag materiell und vom Standpunkte des Schuldners und Pfandbesitzers aus betrachtet nichts weiter be-

44) In seinem Jahrb. IV. S. 420.

deutet, als daß nach dem Willen der Parteien bei der Realisirung des obligatorischen Zwecks durch das secundäre Mittel des Pfandrechts abgesehen werden soll von den gewöhnlichen Voraussetzungen derselben, so daß es nach der Fälligkeit der Obligation keiner In-Verzug-Setzung mehr bedarf. Wird aber ein solches pactum ut a persona non petatur abgeschlossen, während eine dritte Person Pfandbesitzer ist, so liegt ein eigentliches pactum de non petendo in personam vor. Dieses erzeugt der Obligation gegenüber eine exceptio perpetua, und da in Folge davon Verzug des Schuldners nicht denkbar ist, so ist auch die Hauptvoraussetzung der Realisirung des Pfandrechts unmöglich, und deßhalb muß die Hypothek selbst erlöschen. Darum „eadem et in hoc casu possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur", d. h. die Hypothek erlischt ipso jure kraft innerer juristischer Nothwendigkeit, nicht aber wird sie etwa blos unwirksam gemacht durch Entgegensetzung der exceptio pacti de non petendo [45]).

Gegen diese Auslegung könnte man einen doppelten Einwand erheben. Man könnte der L. 5 pr. D. cit. zunächst entgegensetzen die L. 17 §. 2 D. de pact. (2. 14) von Paul. l. III. ad Ed. Dieselbe lautet:

> De pignore jure honorario nascitur ex pacto actio; tollitur autem per exceptionem, quoties paciscar, ne petam.

Allein man sieht auf den ersten Blick, daß hier durchaus nicht von einem pactum gegen die Geltendmachung der versicherten Obligation die Rede ist, sondern von einem Verzicht entweder auf die dingliche actio hypothecaria oder aber auf die persönliche actio pigneraticia.

Sodann könnte man aber auch die Analogie der Bürgschaft gegen uns anziehen [46]). Es ist bekannt, daß das mit dem

45) Vgl. L. 40 D. de jurej. (12. 2).

46) So Bekker a. a. O.

Hauptschuldner abgeschlossene pactum de non petendo in personam der Bürgschaftsobligation nichts schadet, wenn der Bürge keinen Regreß gegen jenen hat [47]). Dagegen ist aber zu bemerken, daß das accessorische Verhältniß der Bürgschaftsobligation gegenüber der Hauptobligation ein ganz anderes ist, als das des Pfandrechts. Denn wenn auch materiell die Bürgschaftsobligation zur Sicherheit der Prinzipalobligation dient, indem sie mit letzterer den nehmlichen obligatorischen Zweck gemeinsam hat, so war sie doch nach ihrer formellen Seite bis auf Justinian und namentlich zur Zeit, in welcher die obigen Fragmente geschrieben wurden, ein vollständig selbständiges Recht. Dazu soll nur nebenbei erwähnt werden, daß in Folge des von Justinian in Nov. 4 c. 1 eingeführten beneficium excussionis ein zwischen Gläubiger und Prinzipalschuldner abgeschlossenes pactum de non petendo in personam kaum eine praktische Bedeutung hat [48]).

Eine satisfactio enthält sodann auch

das ausgeschworene jusjurandum delatum [49])

und deßhalb zieht es auch Aufhebung des Pfandrechtes nach sich [50]). Ebenso liegt eine satisfactio in

der transactio und

dem aberkennenden Spruche des compromissarischen Schiedsrichters,

und deßhalb müssen auch sie eine Erlöschung des Pfandrechts bewirken, obschon dieß in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen ist [51]).

---

47) L. 21 §. 5. L. 22. 32 D. de pact. (2. 14).

48) Windscheid, Pand. §. 478 N. 6.

49) L. 5 §. 3 D. quib. mod. (20. 6).

50) L. 40 D. de jurej. (12. 2). L. 13 D. quib. mod. (20. 6).

51) L. 43 D. de sol. (46. 3) vbd. m. L. 16 D. de transact. (2. 15). C. 17. 20. 24. 36 C. eod. (2. 4). L. 13 §. 1 D. de recept. (4. 8). C. 5 pr. C. eod. (2. 56).

Wegen Hinwegfallens des obligatorischen Zwecks geht die Obligation und somit auch das Pfandrecht ferner unter, wenn

d. die Obligation activ oder passiv an eine bestimmte Person geknüpft ist und dieselbe mit Tod abgeht, wie bei den actiones vindictam spirantes und poenales. Die Quellen erwähnen zwar diesen Fall nicht, weil nicht leicht die Bestellung eines Pfandrechts für eine derartige Obligation vorkommen wird, allein nichts desto weniger kann die Entscheidung in unserm Sinne keinem begründeten Zweifel unterliegen. Denn da die Individualität des Gläubigers bezw. Schuldners hier wesentliche Voraussetzung des obligatorischen Zwecks ist, so muß mit ihrem Untergange auch dieser Zweck und somit der Pfandrechtszweck dahinfallen.

Das Gleiche ist der Fall, wenn

e. die Obligation wegen Unmöglichkeit der Leistung erlischt. Ein unmöglicher Zweck ist eben kein Zweck, und das Pfandrecht ist keine Versicherung gegen Unfall. Ist die Unmöglichkeit durch den dolus des dritten Pfandbesitzers herbeigeführt worden, so entsteht zwar eine actio doli gegen denselben, aber das Pfandrecht ist und bleibt erloschen. Denn der obligatorische Zweck der ursprünglichen Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt worden, ist in derselben untergegangen, und die actio doli involvirt eine ganz und gar neue selbständige Obligation [52]). Windscheid [53]) stützt seine gegentheilige Ansicht auf die Analogie der Entscheidungen in L. 88 D. de V. O. (45. 1) und L. 95 §. 1 D. de sol. (46. 3). Diese beiden Stellen enthalten den fast gleichlautenden Ausspruch von Paulus und Papinian:

si fidejussor hominem occiderit, reus liberatur, fidejussor autem ex stipulatione conveniri potest.

---

52) So richtig Dernburg II. S. 582 gegen Schwanert a. a. O. S. 401.

53) Pand. §. 249 N. 8.

Diesem Argumente gegenüber ist aber ein Doppeltes zu bemerken. Einerseits ist in den Quellen auch eine ältere Auffassung des Neratius, Julian, African und Marcian vertreten, wonach in einem solchen Falle die Stipulationsobligation untergeht und eine actio de dolo oder utilis gegen den Bürgen gegeben wird [54]. Augenscheinlich argumentiren diese älteren Juristen aus dem materiellen accessorischen Verhältnisse der Bürgschaftsobligation zur Hauptobligation und liefern, da sie die Bürgschaftsobligation untergehen lassen, einen Beweis dafür, daß die Analogie der Bürgschaft zu einem der Windscheid'schen Ansicht geradezu entgegengesetzten Resultat führt. Anderseits und richtiger operiren sodann Papinian und Paulus mit der formellen äußern Selbständigkeit der Bürgschaftsobligation gegenüber der Hauptobligation. Beide bilden zusammen eine passive Correalobligation, d. h. eine objectiv einheitliche Obligation mit zwei Schuldnern, die nach classischem Rechte als ebenbürtige Verpflichtungssubjecte dem Gläubiger gegenüber treten. Da nun die Obligation wegen Unmöglichkeit der Erfüllung nur dann untergeht, wenn der Schuldner diese Unmöglichkeit nicht verschuldet hat, so muß die Correalobligation fortdauern, wenn eines der Passivsubjecte ein solches Verschulden trifft, während der Unschuldige aus dem obligatorischen Nexus entlassen wird. Die Fortdauer der Bürgschaftsobligation ist daher eine aus der Einheit der Correalobligation mit juristischer Nothwendigkeit sich ergebende Consequenz. Und da eine solche Einheit zwischen Obligation und Pfandrecht nicht existirt, so fehlt eben die Gleichheit der Prämisse, um einen gleichen Schluß ziehen zu können.

f. Geht eine Obligation durch Verwirkung unter, so soll damit nach der Strafabsicht des Gesetzes der obligatorische

---

54) L. 19 D. de dolo malo (4. 3). L. 32 §. 5 D. de usur. (22. 1). L. 38 §. 4 D. de sol. (46. 3).

Zweck getroffen werden. Darum muß auch das Pfandrecht erlöschen. Der Gläubiger soll eben nicht mehr bekommen, sei es weil er auf unerlaubte Weise den obligatorischen Zweck zu realisiren gesucht hat, wie im Falle des decretum Divi Marci und der verbotenen Cession, sei es weil er der Möglichkeit eines Mißbrauches mit dem obligatorischen Zwecke nicht vorgebeugt hat, wie im Falle seiner Vormundschaft über den Schuldner nach Nov. 72 c. 1—4. Wenn deßhalb Schwanert[55]) in diesen Fällen die Strafe nur in den Verlust der actio setzt, so widerspricht dieß entschieden der Absicht des Gesetzes und beim decretum D. Marci auch dessen Wortlaut: „jus crediti non habebit[56]).“ Und wenn sich dagegen wieder Schwanert[57]) auf den Sprachgebrauch der einschlägigen Justinianeischen Novellen beruft, so ist zu bemerken, daß es durchaus nicht angeht, den schmucklosen klaren Worten Marc-Aurels den leeren Wortschwall byzantinischer Phrasen entgegenzusetzen.

g. Sehr bestritten ist die Fortdauer des Pfandrechtes im Falle der ungerechten Absolution des Schuldners von der obligatorischen Klage. Tryphoninus läßt in diesem Falle das Pfandrecht untergehen in L. 13 D. quib. mod. pign. (20. 6):

> Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset; nam et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

Damit steht im Widerspruch die von Paulus l. III Quaest. berichtete Entscheidung bezw. Motivirung Julians in L. 60 D. de cond. ind. (12. 6):

---

55) A. a. O. S. 474. 476. 478.

56) L. 7 i. f. D. ad leg. Jul. de vi privata (48. 7).

57) A. a. O. S. 474 N. 16.

Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitorem manere etc.

Mit der Fortdauer der Naturalobligation würde selbstverständlich auch das Pfandrecht aufrecht erhalten bleiben nach L. 14 §. 1 D. de pign. (20. 1).

Wir haben nunmehr zwischen beiden einander widersprechenden Ansichten zu wählen und da scheint, abgesehen von rein äußerlichen Gründen, Tryphonin's Auffassung allein innerlich gerechtfertigt zu sein. Der Richter, welcher einen obligatorischen Streit zwischen den Parteien zu entscheiden hat, urtheilt nicht blos über die Begründetheit des geltend gemachten concreten Anspruchs, der actio, sondern da der obligatorische Anspruch Nichts ist als das volle obligatorische Recht nach seiner aggressiven Seite, über die Begründetheit der Obligation selbst. Wenn er insbesondere absolvirt, so erklärt er deßhalb nicht, daß etwa blos der concrete Beklagte aus der zu Grunde gelegten Obligation nicht leisten müsse, während vielleicht ein Dritter leistungspflichtig sein könnte, sondern er erklärt, daß überhaupt der Gläubiger aus dieser Obligation nicht bekommen soll. Und damit ist der obligatorische Zweck und somit das Pfandrecht selbst tödtlich getroffen. Wenn Schwanert[58]) behauptet, die Schuld werde vom Prozeß überall nicht berührt, so ist dieß unrichtig. Denn in der sententia absolutoria erklärt der Richter nicht etwa, daß er der geltend gemachten Obligation ihren directen Schutz, die actio, versage, während er ihren indirecten Schutz durch Fortdauer ihres naturalen Bestandes dahingestellt sein lasse, sondern er erklärt: non paret dare

58) A. a. O. S. 443. 444.

oportere, d. h. ich anerkenne kein dare oportere, d. h. kein debitum. Und da der Richter nur das Vollzugsorgan der Rechtsordnung ist, so anerkennt auch diese selbst das debitum nicht.

Savigny[59]) hat in diese Controverse auch noch die L. 27 D. de pign. (20. 1) hereingezogen und die Behauptung aufgestellt, daß der hier vorkommende Ausdruck „caussa ceciderat“ auch vom Prozeßverlust durch ungerechte Freisprechung zu verstehen sei. Marcellus statuirt nun für den Fall des caussa cadere die Fortdauer des Pfandrechts. Allein dieses Fragment muß sich wegen seiner Unbestimmtheit dem klaren Ausspruche der L. 13 D. cit. beugen, und es wird deßhalb Nichts übrig bleiben, als das „caussa ceciderat“ von der Prozeßverjährung zu verstehen, in welchem Falle nach L. 30 §. 1 D. ad leg. Aqu. (9. 2) in Verb. mit L. 8 §. 1 D. ratam rem (46. 8) eine naturalis obligatio übrig bleibt[60]).

h. Wird der Schuldner in integrum restituirt, so trifft die Restitution auch das Pfandrecht, falls die Verpfändung vom Schuldner herrührt, weil außerdem der Restitutionszweck vereitelt würde. Hat aber ein Dritter für den Schuldner das Pfand bestellt, so ist zu unterscheiden, ob er die Verpfändung ohne oder gerade mit Rücksicht auf den Restitutionsgrund vornahm. Obschon die restitutio in integrum sonst immer die Obligation vollständig vernichtet und den obligatorischen Zweck aberkennt, so dauert derselbe im letztern Falle dennoch im Pfandrechte fort und zwar kraft des ausdrücklichen Intercessionswillens des Verpfänders[61]).

2) In den unter der vorigen Nummer besprochenen Fällen haben wir gesehen, daß die Obligation sowohl wie das Pfandrecht untergegangen sind wegen Hinwegfallens des in ihnen ver-

59) System V. S. 387. 388 u. N. g.

60) Vgl. über diese nat. obl. Bekker a. a. O. S. 412.

61) Arg. L. 13 pr. D. de min. (4. 4). Paul. S. R. I. 9 §. 6.

körperten obligatorischen Zwecks. Dieser Zweck ist hinweggefallen theils in Folge seiner Befriedigung (a—c), theils in Folge seiner Unmöglichkeit (d u. e), theils in Folge seiner Vernichtung zur Strafe (f), theils in Folge souveräner richterlicher Aberkennung (g u. h). Wir haben oben als zweites Prinzip den Satz aufgestellt, daß das Pfandrecht bestehen bleibt, wenn trotz des Untergangs der Obligation der obligatorische Zweck fortdauert. In einem derartigen Falle hört zwar das Leisten-sollen, das dare oportere auf, aber das Bekommen-Sollen dauert fort und findet seinen rechtlichen Schutz im fortdauernden Pfandrecht. Es ist möglich, daß es auch noch einen indirecten obligatorischen Schutz in den Befugnissen findet, die wir unter dem Ausdrucke: naturalis obligatio zusammenfassen. Von einer solchen naturalis obligatio sagt Ulpian in L. 14 §. 1 D. de pign. (20. 1):

> Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat,

d. h. die Anerkennung einer naturalis obligatio involvirt die Anerkennung der Fortdauer des obligatorischen Zwecks und damit auch des Pfandrechts, welches ja nur ein secundäres Mittel für diesen Zweck ist. Umgekehrt hat Savigny[62]) den Satz aufgestellt, daß aus der Fortdauer des Pfandrechts rückwärts auf die Fortdauer einer naturalis obligatio geschlossen werden dürfe. Dieser Satz ist richtig, wenn man unter naturalis obligatio den obligatorischen Zweck, unrichtig, wenn man darunter einen Inbegriff gewisser Mittel zur Realisirung dieses Zwecks sieht. Der Satz, daß eine jede nach Zerstörung des civilen Bestandtheils der Obligation stattfindende rechtliche Anerkennung der Fortdauer des obligatorischen Zwecks auch die Fortdauer des Pfandrechts garantirt, beruht auf innerer juri-

---

62) Syst. V. S. 387.

stischer Nothwendigkeit, weil das Pfandrecht zu seiner Fortdauer blos der Fortdauer des obligatorischen Zwecks bedarf. Dagegen ist der Satz, daß wenn der obligatorische Zweck nach Untergang der Obligation durch das fortdauernde Pfandrecht garantirt wird, nunmehr auch seine übrigen in der Naturalobligation zusammengefaßten Realisirungsmittel gesetzlich anerkannt sind, durchaus nicht von logischer Schlüssigkeit. Und wenn man etwa a majori ad minus schließend behaupten wollte, daß wenn das Pfandrecht als directes und somit stärkeres Realisirungsmittel des obligatorischen Zwecks gegeben sei, eo ipso auch die übrigen in dem Begriffe der naturalis obligatio enthaltenen Realisirungsmittel zulässig sein müßten, so ist darauf zu erwidern, daß die nach Untergang der Civilobligation übrig bleibende naturalis obligatio nur ein Residuum, gewissermaßen ein Trümmerhaufen der erstern ist, während das Pfandrecht wegen seiner formellen Sonderexistenz auch den obligationsvernichtenden Ereignissen einen selbständigen Widerstand zu leisten im Stande ist.

Haben wir nun nach dem eben Entwickelten den innern Grund der Fortdauer des Pfandrechtes auf Grundlage einer naturalis obligatio in der Fortdauer des obligatorischen Zwecks gefunden, so wollen wir doch auf diesen Fall als einen klaren und unbestrittenen nicht näher eingehen, sondern uns zu den Fällen wenden, wo das Pfandrecht nach Untergang der Obligation auch ohne naturalis obligatio fortdauert. Vorausschicken wollen wir hier die allgemeine Bemerkung, daß die Römischen Juristen, um die Fortdauer des obligatorischen Zweckes zu bezeichnen und ihre Entscheidungen zu motiviren, sich des gewöhnlichen Ausdrucks bedienen, es sei weder solutio noch satisfactio erfolgt. Ihre Schlußfolgerung ist offenbar folgende: Zweck der Obligation ist Erfüllung derselben; ebenso Zweck des dafür bestellten Pfandrechts. Geht die Obligation unter ohne

Erfüllung des Zwecks, so dauert derselbe und folgeweise auch das Pfandrecht fort. Und so war unzweifelhaft die intentio der actio hypothecaria nicht etwa auf die Existenz der Forderung, sondern auf die Fortdauer ihres Zwecks, d. h. auf ihre Nichterfüllung gestellt, wie ganz deutlich erhellt aus c. 1 C. si pignoris convent. (8. 33) Imp. Severus a. 197.

> ... nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit.

Gehen wir nun auf die einzelnen Fälle ein, so ist für unsere Theorie von größter Bedeutung

a. die vielbestrittene L. 59 pr. D. ad S.C. Treb. (36. 1) aus Paul. l. IV quaest.

> Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, i. e. testatoris. Quum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adiit et restituit; quum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi, jure dominii id possidere. Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem, ne et pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione? Atquin sive possidet creditor (actor) idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit; verum est enim, non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, quum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio sed

etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.

Paulus will in dieser Stelle die Frage beantworten, ob unter den in der species facti angegebenen Voraussetzungen der Pfandgläubiger noch ein Pfandrecht hat? In dem Satze: Igitur non tantum etc. kommt er zur Bejahung derselben und zwar weil dem Quasi-Gläubiger die Schuldsumme nicht bezahlt worden sei, für welche Eventualität ja gerade das Pfandrecht bestellt worden ist; also nicht, weil etwa die obligatio als eine unbezahlte noch existire. Denn diese ist ja durch Confusion und zwar auch als Naturalobligation erloschen, wie Paulus ausdrücklich im Eingange seines Responsum behauptet. Merkwürdig in demselben ist, daß der Jurist die Frage gar nicht berührt, ob denn nicht das Pfandrecht durch seine vorübergehende Confusion mit dem Eigenthumsrechte erloschen sei, während er der Confusion der Obligation ausdrücklich gedenkt. Erklärt ist bis jetzt diese eigenthümliche Erscheinung keineswegs. Denn wenn, um anderer Interpretationsversuche[63]) nicht zu gedenken, Dernburg[64]) die Behauptung aufstellt, Paulus habe die Confusion deßhalb ignoriren können, weil der Erbschaftsantritt des Fiduciars hier nur geschehe, um einer Form zu genügen, so steht ihm sofort der Einwand entgegen, warum denn der Jurist dasselbe nicht auch bezüglich der Confusion der Obligation gethan habe? Und doch läßt er diese durch Confusion untergehen. Allerdings leugnet dieß Dernburg[65]), allein die am Schlusse unsers Fragments erwähnte obligatio naturalis ist ja nicht das Residuum der confundirten Obligation, sondern ein Product der Fortdauer des Pfandrechtes: remanet

---

63) Vgl. Francke, Civilistische Abhandlungen S. 86 ff.

64) II. S. 569.

65) II. S. 532.

ergo propter pignus naturalis obligatio, d. h. weil das Pfandrecht fortdauert, deßhalb ist hier noch eine obligatorische Verpflichtung im natürlichen Sinne des Wortes übrig. Wenn demnach Paulus Obligation und Pfandrecht bezüglich der Confusion verschieden behandelt, so kann der Grund nur in einer Verschiedenheit der inneren Structur beider Rechte liegen. Und zwar ist hierüber Folgendes zu bemerken. Das Pfandrecht soll die Befriedigung einer Forderung sichern durch eventuelle Verschaffung der Befriedigungsmittel aus dem Tauschpreise des Pfandobjects. Trifft Eigenthum und Pfandrecht in derselben Hand, der des Gläubigers, zusammen, so ist es im Allgemeinen allerdings richtig, daß das Pfandrecht untergeht, weil regelmäßig die eigene Sache eine derartige Befriedigung nicht gewähren kann. Aber dieß ist nur in der Regel der Fall; denn ausnahmsweise leistet auch die eigene Sache jenen Dienst. Und ein solcher Ausnahmsfall liegt dann vor, wenn das Eigenthum der Pfandsache von vornherein nur vorübergehend bei dem Pfandgläubiger sich befinden soll. Ein solcher Erwerb gewährt dem letztern ja keinen reellen Erfolg, der als Satisfaction für den Verlust des Pfandrechts gelten könnte. Und da auf der andern Seite das Pfandrecht seinem Zwecke wieder vollständig entsprechen kann, wenn das Eigenthum vom Pfandgläubiger wieder abgetrennt ist, so verlangt der Schutz berechtigter Interessen die Fortdauer des Pfandrechts. Formale Bedenken stehen dem Pfandrecht an der eigenen Sache nicht entgegen. Und die Regel der L. 45 pr. D. de R. J. (50. 17):

Neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio rei suae consistere potest

zeigt aus der Zusammenstellung dieser verschiedenartigen Rechtsverhältnisse mit Evidenz, daß sie nicht aus formalen Gründen, sondern aus dem materiellen Zwecke derselben abgezogen ist. Wohl dauert das Pfandrecht während dieses Uebergangsmomen-

tes blos nach seiner objectiven Seite fort, weil die im Pfandrechte begriffene Willensmacht schon in der Eigenthumsmacht eingeschlossen ist. Aber die Sache selbst ist nach doppelter Richtung rechtlich afficirt; sie ist einem doppelten Rechtszwecke unterworfen, dem Eigenthums- und Pfandzwecke. Die Folge davon ist die, daß sie nach dem Umfange des letzteren der Fideicommißqualität entbehrt und deßhalb dem Fiduciar vom Fideicommissar nicht abverlangt werden kann: neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur. Und würde der Fiduciar nach erzwungenem Antritte und vor geschehener Restitution die Pfandsache behufs seiner Befriedigung veräußern, so nähme er zwar die Veräußerung als Eigenthümer vor, allein diese Veräußerung hätte als Veräußerung einer Pfandsache seitens des Pfandgläubigers zunächst den Effect, daß ein entsprechender Theil des Erlöses als Befriedigungsobject desselben betrachtet werden müßte und deßhalb nicht als Fideicommißbestandtheil abverlangt werden könnte; sodann aber daß, wenn Nachpfandrechte auf der Sache lägen, dieselben untergingen.

Ganz anders verhält es sich mit der Confusion bei der Obligation.. Welche Vorstellung man auch von der innern Structur der Obligation haben mag, auf jeden Fall ist sie ein Rechtsverhältniß zwischen zwei Personen mit entgegengesetzten Interessen, wodurch eine Spannung zwischen diesen Personen entsteht. Sobald diese Spannung durch Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnerrolle in Einer Person aufhört, muß die Obligation nach ihrem ganzen innern Bau dahinfallen. Nur dann schadet die Confusion auch der Obligation nicht, wenn diese letztere activ oder passiv noch an eine dritte Person geknüpft ist, wie bei der Correalobligation [66]), oder wenn die obligatorische Spannung von vornherein sich nicht auf individuell bestimmte

66) L. 71 pr. D. de fidej. (46. 1).

Personen erstreckt, sondern nach der ganzen Anlage des obligatorischen Verhältnisses auf der activen oder passiven Seite successive eine unbegrenzte Reihe von Personen als Gläubiger bezw. Schuldner eintreten können oder sollen, wie bei Ordre- und Inhaberpapieren, Reallasten u. dgl. Hier wird trotz der Confusion die für den Begriff der Obligation nothwendige Spannung durch einen körperlichen Gegenstand erhalten, an welchen das obligatorische Band angeknüpft ist.

Gewöhnlich geht durch die Confusion nicht blos die Obligation als rechtliches Zweckmittel, sondern auch der obligatorische Zweck unter, indem die confusio wie solutio wirkt, weil der Gläubiger-Schuldner als Gläubiger dadurch bekommt, daß er als Schuldner nicht zu leisten braucht [67]). Mitunter aber dauert der obligatorische Zweck fort, wie in unserem Falle, wo die Schuldnereigenschaft des Gläubigers nur eine formale Durchgangsphase bildet. Hier ist und bleibt die Obligation erloschen, um so mehr als der Fiduciar trotz der Restitution jure civili immer Erbe und Schuldner bleibt, und demnach auch die Confusion jure civili nicht rückgängig gemacht werden kann [68]). Man könnte nun als Mittel für die Realisirung des fortdauernden obligatorischen Zweckes zunächst an die Statuirung einer Naturalobligation denken. Allein eine solche hat ganz die nehmliche juristische Structur wie die Civilobligation und ist deßhalb aus den obigen Gründen in unserm Falle un-

---

67) L. 21 §. 1 D. de lib. leg. (34. 3). L. 50 D. de fidej. (46. 1).

68) Es beruht also nicht auf unvollendeter Entwickelung des röm. Rechts, wie Windscheid Pand. §. 665 N. 4a, meint, wenn die Quellen nach der Restitution des Universalfideicommisses die durch Confusion erloschenen obligatorischen Rechtsverhältnisse nicht ebenso unmittelbar wieder aufleben lassen, wie die untergegangenen Servituten nach L. 73 §. 1 D. ad S.C. Treb. (36. 1), sondern auf innerer juristischer Nothwendigkeit. Der Fiduciar kann durch die Restitution zwar seine Eigenthümereigenschaft, aber als Erbe jure civili nie seine Schuldnereigenschaft abstreifen.

möglich. Und so bleibt als einziges Zweckmittel das Pfandrecht übrig, das sowohl klage- als retentionsweise geltend gemacht werden kann. Sollte etwa der Fideicommissar dem Fiduciar die Schuldsumme zahlen, so hat der letztere auch noch die soluti retentio, weil er ja durch die Zahlung nur dasjenige erhalten hat, was er durch Ausübung des Pfandrechts erhalten würde und dolo facit qui petit, quod redditurus est[69]). Und hauptsächlich deßhalb, weil das Pfandrecht die soluti retentio ermöglicht, kommt Paulus zu dem drastischen Schlußsatze, daß trotz der Confusion in Folge der Fortdauer des Pfandrechts auch eine Art naturalis obligatio übrig bleibt: remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.

Das Resultat der hier gegebenen Interpretation der L. 59 cit. ist unserm allgemeinen Prinzipe entsprechend der concrete Satz: Das Pfandrecht dauert trotz des Untergangs der Obligation durch Confusion fort, wenn der obligatorische Zweck fortdauert. In der Regel aber erlischt durch Confusion mit der Obligation zugleich auch der Zweck derselben, und dann muß auch das Pfandrecht dahinfallen. Und zwar ist dies stets dann der Fall, wenn die Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnerrolle in Einer Person von vornherein eine nicht blos vorübergehende, sondern eine definitive sein soll. Schwanert[70]) will jedoch auch in einem solchen Falle das Pfandrecht dann aufrecht erhalten wissen, wenn der Pfandgegenstand sich in dritter Hand befindet, oder wenn es zwar der Schuldner besitzt, allein Nachpfandrechte darauf ruhen. Die gänzliche Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich indeß daraus, daß der Pfandgläubiger ja seine volle Befriedigung erhalten hat, indem er durch seine Gläubigereigenschaft von seiner schuldnerischen Ver-

69) L. 73 §. 3 D. de R. J. (50. 17).
70) a. a. O. S. 404.

pflichtung befreit worden ist. Das Pfandrecht soll nur eventuelle Befriedigung, aber kein lucrum verschaffen[71]).

Selbstverständlich ist es und gehört nicht in den Zusammenhang unserer Untersuchung, daß wenn die durch Confusion erloschenen Obligationen durch in integrum restitutio wiederhergestellt werden, damit auch die dafür bestellten früheren Pfandrechte wieder aufleben, wie wenn der suus heres vom beneficium abstinendi Gebrauch macht[72]); oder wenn die Erbschaftsgläubiger das beneficium separationis geltend machen; oder wenn der schuldlose indignus gegen die Confusion seiner Forderungen an den Erblasser restituirt wird[73]). Ganz ebenso lebt mit der Forderung das Pfandrecht wieder auf, wenn das Testament nach dem Erbschaftsantritt durch querela inofficiosi rescindirt wird[74]), oder wenn dem antretenden Erben die Erbschaft seitens eines angeblich besser berechtigten rechtskräftig abgestritten wird. Da jedoch in den letztern Fällen die Rückgängigmachung der Confusion auf dem rechtskräftigen Urtheile beruht, dieses aber nur unter den Prozeßparteien wirkt, so ist der dritte Pfandbesitzer in Folge der einmal stattgehabten Confusion definitiv liberirt.

Man spricht in der Theorie auch dann von Confusion, wenn der Bürge den Prinzipalschuldner oder umgekehrt dieser jenen beerbt. In einem solchen Falle geht die Bürgschaftsobligation unter, allein das für dieselbe bestellte Pfandrecht dauert fort. So sagt ausdrücklich African in L. 38 §. 5 D. de solut. (46. 3):

> Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit; post idem heredem te instituit.

71) Richtig auch Dernburg II. S. 589. 590.

72) L. 87 §. 1 de A. v. O. H. (29. 2).

73) L. 17 D. de his quae ut ind. (34. 9).

74) L. 21 §. 2 D. de inoff. test. (5. 2).

Quamvis ex fidejussoria caussa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.

Haben wir es hier mit einem Falle der Fortdauer des Pfandrechts nach Untergang der Obligation zu thun? Nein. Der Grund dieser Entscheidung ist vielmehr der, daß die beiden Obligationen des Hauptschuldners und des fidejussor als Correalobligationen objectiv dieselbe Obligation sind. Bestellt deßhalb der Bürge ein Pfandrecht für seine Schuld, so hat er dasselbe begrifflich nothwendig auch für die des Prinzipalschuldners bestellt. Und da durch das Aufgehen der Persönlichkeit des Bürgen in der des Prinzipalschuldners am objectiven Bestande der versicherten Obligation Nichts geändert wird, so muß auch das Pfandrecht fortdauern.

Auffallender Weise entscheidet African ganz anders bezüglich der Afterbürgschaft. Er fährt nämlich in der citirten Stelle fort:

At si idem alium fidejussorem dederit atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit liberari.

Also während im gegebenen Falle das Pfandrecht fortdauert, fällt die Afterbürgschaft dahin. Der Grund dieser verschiedenen Behandlung liegt in Folgendem. Die Bürgschaft und so auch die Afterbürgschaft enthält eine Verstärkung der persönlichen Garantie des Verbürgten; der Bürge setzt seine fides ein für die fides des Verbürgten, also für die auf dem Privatrechtsgebiete vorzugsweise in Betracht kommende moralische Eigenschaft der Persönlichkeit desselben, und deshalb verpflichtet er sich nur mit Rücksicht auf die Person des Verbürgten. Hingegen ist das Pfand eine Verstärkung der sachlichen Garantie des Schuldners. In unserm vorliegenden Falle nun geht dadurch, daß der Prinzipalschuldner Erbe des Bürgen wird, des letzteren Persönlichkeit

unter, die subjective Seite der Obligation concentrirt sich in der Persönlichkeit des Prinzipalschuldners, der specifische Zweck der Bürgschaftsobligation ist erloschen und damit auch der Afterbürgschaft die Existenzbasis entzogen [75]).

Büchel [76]) wirft hierbei die Frage auf, wie es sich verhalten würde, wenn der Afterbürge für seine Verbindlichkeit ein Pfand bestellt hätte? Er beantwortet dieselbe richtig dahin, daß dieses Pfandrecht fortbestehen bleibe. Der Grund dafür liegt in der objektiven Identität der Afterbürgschafts- und Bürgschaftsobligation einerseits und der Bürgschafts- und Hauptobligation anderseits, so daß das Pfandrecht virtuell für die Hauptobligation bestellt ist.

b) Es ist eine berühmte Streitfrage, ob die obligatorische Klageverjährung das obligatorische Recht selbst vollständig beseitige oder eine naturalis obligatio übrig lasse. Man hat für die letztere Ansicht als ein Hauptargument die unbestreitbare Fortdauer der Pfandklage und somit auch des Pfandrechts nach der obligatorischen Klageverjährung geltend gemacht, wie dieselbe in c. 3 u. 7 C. de praescr. XXX vel XL ann. (7. 39) [77]) statuirt ist. Allein dieses Argument beruht auf der petitio principii, daß das Pfandrecht nicht ohne Obligation fortdauern kann und beweist deßhalb Nichts; auf der andern Seite aber sind die namentlich von Bekker [78]) und Windscheid [79]) gegen die naturalis obligatio beigebrachten Gründe so unwiderleglich, daß das natürliche Rechtsgefühl der positiven Rechtsordnung weichen muß. Diese positive Rechtsordnung schafft in der Obli-

---

75) Anders erklärt die eigenthümliche Entscheidung Dernburg II. S. 592 u. N. 41.

76) Civilrechtliche Erörterungen I. S. 57. 58.

77) Vgl. auch die wahrscheinlich hierher gehörige C. 2 C. de luit. pign. (8. 31).

78) a. a. O. S. 424 ff.

79) Pand. §. 112 N. 5.

gation ein Zweckmittel, das nur zu einmaliger Ausübung bestimmt innerhalb einer kürzer oder länger bemessenen Frist gebraucht werden soll, damit nicht die Verpflichtungsverhältnisse der Bürger unter einander in ewiger Unklarheit bleiben. Doch trägt dieselbe dem natürlichen Rechtsgefühl soweit Rechnung, daß trotz der Verjährung der Obligation der obligatorische Zweck noch durch das Pfandrecht soll realisirt werden können. Diese Fortdauer des Pfandrechts nach Untergang der Obligation ist aber ein schlagender Beweis für unsere Auffassung der accessorischen Natur des Pfandbegriffs. Wie könnte sonst Justinus in C. 7 cit. §. 1 i. f., nachdem er im Vorausgehenden die Verjährungszeit der actio hypothecaria auf 30 bezw. 40 Jahre festgesetzt hat, fortfahren:

> ... In actione scilicet personali iis custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit justitia ....?

Denn ist die Obligation Existenzialbedingung des Pfandrechts, so mußte doch bei der Verjährung der Pfandklage auch auf die Verjährung der Obligation Rücksicht genommen werden, und der Kaiser hätte unmöglich die Eventualität eines Ueberlebens der Pfandklage eröffnen können, ohne auch nur eine Silbe von der darin liegenden Anomalie zu erwähnen.

c) Im classischen römischen Rechte hinterließ bekanntlich der verstorbene filiusfamilius keine hereditas. Die Folge davon war, daß die Schuld desselben vernichtet wurde und zwar auch ihrem naturalen Bestande nach, weil das Vorhandensein eines Schuldners für die Existenz einer jeden Obligation begrifflich nothwendig ist[80]). Es frägt sich nun, wie es sich mit dem Pfandrechte verhält, welches für die Schuld des filiusfamilius etwa bestellt war? Bezüglich der Bürgschaft haben wir die quellenmäßige Entscheidung, daß dieselbe fortdauert[81]). Aus dieser Entscheidung ersehen wir, was auch ganz der Na-

80) Vgl. L. 18 D. de SCo. Mac. (14. 6).

81) L. 1 §. 14 i. f. D. dep. (16. 1); L. 95 §. 1 D. de solut. (46. 3).

tur der Sache entspricht, daß das Recht trotz des Untergangs der Obligation durch den Tod des filiusfamilius die Fortdauer des obligatorischen Zwecks anerkannte, und deßhalb mußte auch das Pfandrecht bestehen bleiben[82]).

d) Von großer Bedeutung für unsere Theorie wäre die hypothekarische Succession, wenn man darin mit Windscheid[83]) und Brinz[84]) eine wahre Succession und zwar in das Pfandrecht allein sieht, wie aus folgendem Räsonnement hervorgeht. Ist nämlich die Forderung in abstracto Existenzialbedingung für das Pfandrecht in abstracto, so ist die concrete Forderung conditio sine qua non des concreten Pfandrechts. Fällt jene dahin, so geht auch das Pfandrecht unter und von einem Uebergange desselben auf eine andere Forderung kann absolut keine Rede sein. Es müßte für und wegen der neuen Forderung immer aus dem alten Pfandrecht ein neues gebildet werden. Dagegen wird die hypothekarische Succession als Succession nach unserer Auffassung des Pfandbegriffs ganz erklärlich. Darnach steht ja die Forderung nicht in, sondern neben dem Pfandrechte, und darum kann das letztere ebensogut neben eine neue Forderung treten und deren Erfüllungszwecken dienen, und es wird dadurch so wenig ein anderes als die Pertinenz, die zunächst für die eine Hauptsache angeschafft war und dann für eine andere verwendet wird.

Allein richtiger ist Dernburg's[85]) Ansicht, daß in der Person des sogenannten Successors ein neues Pfandrecht entsteht, welchem aus Billigkeitsgründen durch gesetzliche Vorschrift Rang und Stellung des weggefallenen beigelegt wird (originäre Succession von Dernburg unpassend genannt). Und zwar bestimmen mich für Dernburg's Auffassung nicht die von

82) A. M. Dernburg II. S. 579 N. 12.

83) Pand. §§. 233a. 233b.

84) Pand. §. 78.

85) II. S. 490 ff., insb. S. 495. 496.

ihm ausgeführten Gründe, sondern allein der Umstand, daß, falls die hypothekarische Succession auf dem vertragsmäßigen Willen der Parteien beruht, für dieselbe die Einwilligung des Eigenthümers der Pfandsache erforderlich ist. Wenn Windscheid[86]) es als einen sich von selbst aufdrängenden Gedanken ansieht, daß über ein vacant werdendes Pfandrecht auch nur der Eigenthümer disponiren dürfe, so ist dagegen zu bemerken, daß bei einer wahren Succession das Pfandrecht eben gar nicht vacant würde. Man hat gegen Dernburg insbesondere die L. 3 D. quae res pign. (20. 3) angeführt. Der hier in Betracht kommende Passus dieser Stelle lautet folgendermaßen:

> ... Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus: an dici possit, huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo; saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

Gewöhnlich nimmt man an, diese Stelle handle von einem Abfindungsvertrag und der posterior creditor sei die dritte Person, welche die Abfindungssumme gibt und nun an die Stelle des abgefundenen antiquior creditor treten soll. Und nach dieser Sachlage tritt alsdann die Schwierigkeit ein, zu erklären, wie der posterior creditor ohne eigentliche Succession in das Pfandrecht des antiquior creditor das Verkaufsrecht sollte haben können. Um diese Schwierigkeit zu beseitigen, genügt weder Dernburg's gekünstelte Interpretation im Arch. f. civ. Prax.[87]), noch seine ziemlich willkürliche Annahme, der Pas-

86) Pand. §. 233b N. 16 a. E.

87) Bd. 41 S. 23. 24.

Daraus ergeben sich mit logischer Consequenz die beiden Folgesätze:

1) Das Pfandrecht kann entstehen schon vor der Forderung und somit auch für eine künftige Forderung.

2) Das Pfandrecht kann fortbestehen trotz des Untergangs der Forderung, wenn der Forderungszweck noch fortdauert.

Daß dieses von uns gefundene Resultat allein dem praktischen Bedürfnisse entspricht, erhellt am Besten daraus, daß die modernen Gesetzbücher, Hypothekenordnungen oder Entwürfe von solchen fast ausnahmslos die Pfandbestellung auch für künftige Forderungen zulassen. So:

Allg. Preuß. L.R. I. 20 §. 14:

„Soweit wegen künftiger Ansprüche Caution gefordert und geleistet werden kann, soweit können dergleichen Ansprüche auch durch Pfand oder Hypothek sicher gestellt werden[96]) (Tit. 14 §§. 5—8 Abschn. 3)."

Das Oesterr. Allg. bürg. Gesetzb. §. 449 sagt allerdings blos:

„Das Pfandrecht bezieht sich zwar immer auf eine giltige Forderung u. s. w.",

allein Theorie und Praxis bezweifeln die Zulässigkeit der Pfandbestellung für eine künftige Forderung nicht[97]).

Sächsisches bürg. Gesetzb. §. 370:

„Auch für eine bedingte Forderung und für eine künftige Forderung kann ein Pfandrecht bestellt werden."

Zürcher Gesetzb. §. 778:

„Die Forderung, für welche eine Grundversicherung bestellt

96) Vgl. Koch, Commentar zu diesem §. Bd. II. S. 781 (3. Aufl.).

97) Vgl. Kirchstetter, Commentar 2. Aufl. S. 235 und die in Note 8 erwähnten Oberstger. Entscheidungen.

wird, muß in bestimmter Geldsumme verzeichnet oder mindestens in solcher begrenzt sein. Nur unter dieser Beschränkung kann ein Grundstück auch für zukünftige Forderungen verhaftet werden."

Entw. eines bürgerl. Gesetzb. für das Großherz. Hessen Th. II Tit. 5 Art. 3 Abs. 2:

„Im Uebrigen kann die Forderung eine bedingte oder künftige sein."

Gleichlautend der Hess. Entw. das Pfandrecht betr. von 1857, Art. 3 Abs. 1.

Entw. eines bürgerl. Gesetzb. für Bayern Art. 351:

„Ein Pfandrecht kann auch für eine fremde, sowie für eine bedingte, befristete und zukünftige Schuld giltig bestellt werden [98])."

Gesetzgebungen, welche eine Pfandbestellung für zukünftige Forderungen nicht zulassen, bringen nothwendig die Praxis mit den Bedürfnissen des Verkehrs in fortwährende Collisionen und drängen dieselbe zu willkürlichen und geschraubten Interpretationen und Deductionen, um auf Schleichwegen die Consequenzen des allein richtigen Satzes zu erhaschen, daß die Forderung keine Existenzialbedingung des Pfandrechtes ist [99]).

---

98) Daß auch das bisherige bayr. Hypothekenrecht die Hypothekenbestellung für eine künftige Forderung zuläßt, darüber vgl. Regelsberger, das bayr. Hypothekenrecht 1. Abth. S. 188 u. die in Note 5 Citt.

99) Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung die Entwickelung der französischen Doctrin und Jurisprudenz im Anschlusse an den Code civil art. 2132. Vgl. insb. Zachariä ed. Puchelt II. S. 154 ff.

II.

Eine Revision der Lehre vom Irrthum.

Von dem

Justizrath Dr. **Hesse**, Gerichtsamtmann in Eisenberg.

Motto:

Nulla antinomia aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia.

Einleitung.

Im Archive für civil. Prax. B. 57 S. 182 ff. habe ich einen Aufsatz abdrucken lassen, welcher zum Ziele hatte, auf mehrfache Widersprüche in der Lehre vom Irrthum hinzuweisen und alle Zweifel zusammen zu stellen, welche sich gegen die gangbarsten Sätze jener Doktrin erheben lassen. Damit sollte lediglich ein Anstoß gegeben werden, daß diese Lehre nochmals eingehend geprüft werde. Inzwischen beschäftigte ich selbst mich fortwährend mit diesem Vorwurfe, und glaube in die Lage gekommen zu sein, meine auf diese Weise gewonnenen Ansichten der Oeffentlichkeit übergeben zu dürfen.

Cicero sagt einmal[1]): nunc autem, simul atque editi et in lucem suscepti sumus, in summa opinionum perversitate versamur, ut paene cum lacte nutricis errorem

---

1) Tusc. III, 1.

suxisse videamur. Diesem psychologischen Erfahrungssatze jeglichen Einfluß auf den bürgerlichen Verkehr und die Rechtsordnung versagen zu wollen, werden wir uns vergebens unterwinden, und die ablehnende, ja fast feindselige Stellung, welche manche juristische Autoritäten zum Irrthum einnehmen, erscheint wohl nicht ganz gerechtfertigt. Wenn z. B. Hommel (rhap. obs. 784 Vol. VI) sagt: ergo statuo, errorem erranti semper nocere, und Savigny (Syst. III. S. 355) dahin sich ausspricht: „In dieser regelmäßigen Unwirksamkeit des Irrthums liegt sogar die einzige Rettung des Verkehrs gegen grenzenlose Unsicherheit und Willkür", — so halte ich diese Aeußerungen für Uebertreibungen, welche darin wurzeln, daß die beiden genannten Größen nur den Irrthum im Auge hatten, welcher als ein Ausfluß des Leichtsinns, der Nachlässigkeit und Uebereilung sich charakterisirt, während der error doch ein viel weiteres Terrain einnimmt.

Gerade der unendlich weite Begriff von error und die große Verschiedenartigkeit seiner Wirkungen je nach dem Verhältniß seiner Erscheinung sind die Momente, welche für die Lehre vom Irrthum so bedeutende Schwierigkeiten darbieten. Der Irrthum zeigt sich uns als Verschuldung, und wiederum als ein Moment der Entschuldung, er erscheint als bloße Thatsache, mit welcher weder Schuld, noch Schuldbefreiung verknüpft ist. Er nützt und er schadet, er heilt und er vernichtet, er entbindet und macht verbindlich. Er wird verworfen und wieder begünstigt. — Aus dieser Mannichfaltigkeit seiner Wirkung ist es wohl zu erklären, daß es für den error keine besondere Klage giebt, wie für den dolus und den Zwang; und wohl auch mag sich daraus das noch Unfertige der gegenwärtigen Doktrin vom Irrthum, und die noch immer ziemlich kasuistische Behandlung dieser Lehre ableiten lassen. Mir scheint noch immer die Aufstellung klarer und einfacher Prinzipien zu mangeln, welche die

Lehre einheitlicher und durchsichtiger erscheinen lassen. Dasselbe Bild liefern uns auch die Quellen. Mit richtigem Takte treffen die römischen Juristen in dem einzelnen Falle das Rechte; aber zur Durcharbeitung der Lehre bis zu festen Prinzipien sind sie nicht gelangt. Damit ist die Möglichkeit eines Fehlgriffs gegeben, und einen solchen zeigt uns l. 25 pr. D. 22, 6 auf, wenn anders diese Stelle in ihrer vorliegenden Fassung den Paulus wirklich zum Urheber hat.

§. 1.

Windscheid sagt in seinen Pandekten, die Darstellung der Lehre vom Irrthum durch Savigny sei epochemachend geworden. Dies kann wohl nicht in Abrede gestellt werden, und ich bekenne, daß ich die Grundlagen für meine Ansichten aus Savigny's Werke geschöpft habe. Dessen ungeachtet kann ich in vielen Punkten Savigny's Aussprüchen mich nicht anschließen; es sind dies namentlich folgende:

1. Savigny sagt[1]): „Der Irrthum im Allgemeinen wirkt an und für sich gar nicht, schützt also auch nicht gegen den dadurch entstandenen Nachtheil. Für einzelne juristische Thatsachen ist ihm eine Einwirkung mitgetheilt, und diese muß für jede derselben besonders begründet werden. Allein auch bei diesen fällt die Einwirkung hinweg, wenn der Irrthum auf einer großen Nachlässigkeit beruht, welches in der Regel bei dem Rechtsirrthum anzunehmen ist, bei dem faktischen aber stets besonders erwiesen werden muß.

2. Savigny behauptet[2]): Der durch Irrthum veranlaßte Vertrag und die aus Irrthum entsprungene Tradition seien nicht nichtig, der Irrthum habe hier keine Einwirkung.

---

1) System III. S. 335, 341.

2) l. c. S. 355.

3. Savigny meint ferner[1]): Der Irrthum schütze nicht gegen die nachtheiligen Folgen der Unterlassung; es seien nur einzelne ausgenommene Fälle, in denen er schütze.

Wie kasuistisch nimmt sich der Anfang des ersten Satzes aus! und wie nahe stand doch Savigny nach S. 329 (l. c.) vor der Bahn zu einem durchgreifenden Prinzip! — Die Abwesenheit großer Nachlässigkeit aber ist nicht das alleinige Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsmoment des Irrthums, und es kommt die Entschuldbarkeit des Irrthums nur in einem sehr beschränkten Kreise von Fällen in Betracht[2]). Als völlig unrichtig muß ich die Behauptung ansehn, daß faktischer Irrthum und error juris unter ein und derselben Rechtsregel stehn und nur in Betreff der Beweislast verschieden sein sollen. Dagegen spricht schon l. 2 D. 22, 6. Der Rechtsirrthum ist mit einer einzigen Ausnahme niemals wirksam.

Der Irrthum, welcher die Eingehung eines Vertrags veranlaßt hat, wird — wie wir später sehen werden — in der Regel wirksam, und der Irrthum über die causa traditionis verhindert zwar nicht den Eigenthumsübergang mittelst der traditio, aber begründet doch eine Ausgleichung durch die condictio indebiti und andere Rechtsmittel.

Was endlich die Unterlassungen betrifft, so bleiben sie in der Regel ohne nachtheilige Folgen, wenn sie nicht von der Rechtsordnung ausdrücklich mit Nachtheil bedroht sind, oder nach derselben eine Verpflichtung zu Handeln obwaltet[3]).

Windscheid lehrt in seinen Pandekten §. 79 über den Irrthum:

---

1) l. c. S. 404.

2) Vgl. Savigny l. c. S. 371, 388.

3) Archiv f. civ. Prax. B. 56 S. 386, B. 57 S. 189. l. 15 §. 1 D. 39, 2. l. 67 D. 6, 1. l. 2 §. 1 D. 25, 4. l. 10 §. 1 D. 16, 2. l. 3 §. 10 D. 35, 3.

In allen Fällen, in welchen Jemand in der Lage ist, sich zur Erlangung eines Vortheils oder zur Abwendung eines Nachtheils auf einen Irrthum zu berufen, kann er nur einen verzeihlichen oder entschuldbaren Irrthum geltend machen. Als verzeihlich wird in den Quellen der faktische, als nicht verzeihlich der Rechtsirrthum bezeichnet.

Diese Regeln kann ich in solcher Formulirung nicht für richtig anerkennen. Der bonae fidei possessor, welcher sich auf seinen Irrthum als guten Glauben, der Delinquent, welcher sich auf seine Unkenntniß der Rechtswidrigkeit seiner Handlung, der Erbe, welcher sich auf seinen Irrthum über die Delation, der Verkäufer, welcher sich auf die Unkenntniß der Fehler der verkauften Sache beruft, — sie alle wollen einen Vortheil erwerben oder einen Verlust abwehren, und doch wird ein entschuldbarer Irrthum bei ihnen nicht erfordert, bezüglich nicht berücksichtigt. Weiter aber kann der faktische Irrthum nicht als der Regel nach verzeihlich angesehn werden; er wird bei einer bestimmten Kategorie von Fällen nicht entschuldigt, wenn er nicht in den besonderen Umständen des Falls gerechtfertigt erscheint.

§. 2.

Es mögen nun die Hauptsätze vom Irrthum kurz und übersichtlich folgen, welche ich als richtig glaube vertheidigen zu können. So weit es nöthig, sollen sie einzeln dann begründet und gerechtfertigt werden. Dabei werde ich aber nicht blos die juristischen Thatsachen in Betracht ziehn, wie in den Kompendien gewöhnlich geschieht, sondern auch den Einfluß des Irrthums auf solche Thatsachen, welche blos mittelbar eine Einwirkung auf das Recht üben, in den Kreis der Darstellung ziehn, theils der Uebersichtlichkeit und Vollständigkeit halber, theils um der größeren Klarheit willen, welche aus diesem Gegensatze der Thatsachen hervorgeht.

Unter error kann nach den Quellen nicht blos der eigentliche Irrthum, wenn man ein unrichtiges Urtheil oder eine unrichtige Vorstellung für richtig, Unwahres für wahr hält, verstanden werden, sondern der error begreift auch die Verirrung, ferner die ignorantia, sowohl in der Bedeutung von Unwissenheit, als auch im Sinne der Unkenntniß (des faktischen Nichtwissens) in sich. Ja, error bezeichnet oft nur die Abwesenheit des absichtlichen, bewußten und wissentlichen Handelns. — Es kommt nun der Irrthum juristisch in Betracht, als ein Moment, welches die regelmäßige Wirksamkeit einer Erklärung, Handlung oder Unterlassung abändern kann.

I. Diese Folge hat der Irrthum nicht, d. h. er zeigt sich unwirksam:

1. wenn er darin besteht, daß man das Wahre und Richtige für unwahr oder unrichtig hält; plus est in re, quam in existimatione mentis [1]).

2. wenn er irrelevante Thatsachen betrifft, d. h. solche, welche an sich nicht geeignet sind, eine rechtliche Wirkung oder Veränderung zu erzeugen, z. B. c. 18 C. 3, 32, l. 54 D. 6, 1, l. 72 D. 31, c. 8, 9 C. 1, 18, l. 20 pr. D. 10, 2 [2]). Irrelevant ist z. B. im Prozeß die Rechtsdeduktion der Parteien, sodann die Behauptung, in so weit solche widerruflich [3]).

3. wenn der Irrthum einen Gegenstand betrifft, welcher nach der Rechtsordnung nicht in den Gesichtskreis der juristischen Momente fällt, also juristische Berücksichtigung an sich nicht finden kann. Dahin gehören bei Rechtsgeschäften Wünsche, Hoffnungen, Motive und Zwecke, welche nicht durch ausdrück-

1) l. 9 §. 3 D. 22, 6.

2) Savigny, l. c. S. 440 ff.

3) c. unic. C. 2, 11. §. 35 I. 4, 6. Martin, Civilproz. §§. 73, 103.

liche Erklärung oder sonst aus den Umständen des Falls erkennbarer Inhalt des Geschäfts geworden, oder schon nach dem Begriffe und Wesen des Geschäfts Inhalt desselben sind (z. B. die Ehe bei Bestellung einer dos). Insbesondere ist unwirksam der Irrthum über die Beschaffenheit, über den Werth und Nutzen des Objekts, z. B. einer Erbschaft, soweit nicht diese Momente durch Gesetz oder Rechtssatz rechtliche Bedeutung gewinnen, wie bei dem Kaufe, bei Pacht und Miethe [1]).

4. Der Irrthum zeigt sich unwirksam, wenn derselbe durch Gesetz ausdrücklich für unberücksichtlich erklärt worden ist, oder nach dem Grunde und Zwecke des Gesetzes als unberücksichtlich sich darstellt. Dies ist der Fall bei der Klagenverjährung (in der Regel), sowie bei allen unbedingt gebietenden oder verbietenden Gesetzen [2]).

5. Der Irrthum ist unwirksam, wenn er unter den Gesichtspunkt der culpa fällt oder eine kulpose Handlung oder Unterlassung veranlaßt; er befreit niemals von den Folgen der culpa [3]). Eben so wenig schützt er gegen die Verhaftlichkeit wegen einer mangelhaften, oder verspäteten oder unmöglich gemachten Leistung aus einem Vertrage oder Quasicontrakte. Nur bei der mora wird der error unter besonderen Umständen als Entschuldigungsmoment anerkannt [4]).

6. Irrthum bezüglich seiner eignen rechtlichen Befähigung oder Befugniß zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder über die Befähigung und Befugniß eines Anderen wird in der Regel nicht verziehn. Einzelne Ausnahmen kommen vor, aber als-

1) Auch nach c. 2, 8, C. 4, 44.

2) Vangerow, Pand. §. 83 Anm. I, 1.

3) Ueber die aquilische culpa l. 7 §. 8, l. 8 pr. l. 9 pr. §. 1 l. 29 §. 1 D. 9, 2. Bei Vertrag: l. 11 §. 3 D. 14, 3. l. 34 §. 1 l. 55 D. 17, 1. l. 32 pr. D. 3, 5 l. 47 D. 12, 6. l. 28 D. 40, 9. l. 132 D. 50, 17. Dagegen ignorantia excusata est l. 8 §. 8. l. 29 pr. §. 1—4 D. 17, 1.

4) Windscheid, Pand. §. 345, 3.

dann wird Entschuldbarkeit des Irrthums (Rechtfertigung in den obwaltenden Umständen) erfordert, resp. muß Restitution gesucht werden [1]).

7. Rechtsirrthum und Rechtsunkenntniß werden (mit einer einzigen Ausnahme) nicht nachgesehn, in so weit nicht ein Privilegium (für Minorenne, Frauen, rusticitas, militia) Platz greift, und sofern es sich um ächten Irrthum (nach Savigny) handelt.

II. Von dem wirksamen Irrthum gelten folgende Grundsätze:

1. Selbstverständlich muß die Behauptung des Irrthums erwiesen werden, wenn nicht schon aus den Nebenumständen des Falles die Glaubhaftigkeit desselben hervorgeht (error probabilis) [2]). Ein error probabilis wird meistens auch ein entschuldbarer sein; doch müssen theoretisch beide Erfordernisse aus einander gehalten werden. Der Irrthum über ein factum alienum hat die Präsumtion der Glaubhaftigkeit für sich; aber darum erscheint er noch nicht allezeit entschuldbar [3]).

2. Für eine bestimmte Kategorie des Irrthums (vgl. unten Nr. 7) wird erfordert, daß er entschuldbar sei, oder — wie man besser sagen sollte — daß er in den Umständen und Verhältnissen des Falles gerechtfertigt erscheine; es muß ein Irrthum sein, welcher auch andern ordentlichen Menschen in gleichen Verhältnissen wohl begegnen konnte.

3. Ob blos faktischer oder auch Rechtsirrthum berücksichtigt wird, darf nicht aus dem Princip der Entschuldbarkeit entschie-

---

1) Vgl. unten §. 10. Voigt im Archiv f. civ. Prax. B. 54 S. 47. 198. 231 ff.

2) l. 11 §. 3 D. 14, 3 (non audiatur), l. 25 pr. D. 22, 3: cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse, l. 3 §. 11 D. 10, 4 (justam ac probabilem causam).

3) l. 44 §. 4 D. 41, 3 (non levi praesumtione credat).

den werden, sondern aus der Kategorie, welcher der Irrthum unterfällt und aus seiner Wirkung (vgl. Nr. 7 unten).

4. Handlungen und Erklärungen, welche nicht einen juristischen Willen ausdrücken, sondern nur darauf gerichtet sind, zu konstatiren, daß und wie Etwas ist oder gewesen ist, werden entkräftet durch den Nachweis des Irrthums, ohne Unterschied, ob er entschuldbar ist oder nicht.

5. Dasselbe gilt von dem Irrthum, welcher eine falsche Benennung oder eine unrichtige Beschreibung oder Charakterisirung (falsa demonstratio) des Gegenstands einer Erklärung veranlaßt hat.

Brinz versteht unter falsa demonstratio auch die irrthümliche Bezeichnung des Gegenstandes mit den Fingern oder durch Zeichnung. Dies erscheint aber nicht angemessen; jedenfalls ist hier nicht Uebereinstimmung des eigentlich Gewollten und des als gewollt Erklärten vorhanden, und muß folglich die Erklärung nichtig sein [1]).

6. Der Irrthum bei letztwilligen Verfügungen untersteht besonderen Regeln, welche in §. 18 berührt werden sollen. Bei ihm kann von einer Rechtfertigung des Irrthums (Entschuldbarkeit) selbstverständlich nicht die Rede sein.

7. Der Irrthum bei der Willenserklärung, in so weit er nicht berichtigt resp. Gegenstand der Interpretation wird, und so weit er nicht unter den Gesichtspunkt der culpa fällt, hat im Ganzen zweierlei Wirkung [2]).

A. Er bewirkt, daß ein Gesetz oder eine Rechtsregel überhaupt nicht angewendet werden kann, weil darin

1) Vgl. Voigt im Arch. cit. B. 53 S. 415—432. Brinz, Pand. §. 357 nimmt im letztgedachten Falle einen error in substantia und relative Richtigkeit an.

2) Vgl. Savigny S. 329. Ich führe hier nur konsequent durch, was Savigny mit richtigem Takte angebahnt hat.

scientia (Wissen, Bewußtsein des Richtigen, Absichtlichkeit des Handelns) als Bestandtheil und Voraussetzung aufgenommen ist, oder daß ein Rechtsgeschäft ungiltig wird, weil durch den Irrthum die Uebereinstimmung der Kontrahenten oder die Erklärung des wahren Willens (des wirklich Gewollten) verhindert worden ist.

B. Der Irrthum hat die Wirkung, daß er blos eine Ausnahme von einer Rechtsregel oder eine Abweichung von derselben für einzelne Fälle herbeiführt [1]).

Bei A ist der Irrthum Veranlassung, daß ein Thatbestand nicht vorhanden ist, welcher nach der Rechtsregel vorhanden sein muß, wenn sie Anwendung finden soll; der Irrthum ist die reine Negation des gesetzlich erforderten Thatbestands, also selbst etwas Thatsächliches [2]). Hier kann auf die Art der Entstehung des Irrthums und auf seine Beschaffenheit kein Gewicht gelegt werden, also von Entschuldbarkeit niemals die Rede sein. Denn auch wenn der Irrthum nicht entschuldbar, vielleicht leicht zu vermeiden gewesen wäre, bleibt doch ein Nichtvorhandensein des gesetzlichen Thatbestandes übrig [3]).

---

1) Ueber die von Savigny gebrauchte Bezeichnung unächter und ächter Irrthum siehe Windscheid, Pand. §. 76 nota 1 b. Nach m. A. läßt sich nur unterscheiden A. Irrthum als Verneinung des Thatbestands eines Gesetzes oder einer Rechtsregel; B. Irrthum als Gegenstand einer exceptionellen Nachsicht oder Begünstigung Seiten der Rechtsordnung.

2) Wenn die Regel Wissen, Bewußtsein, Absicht erfordert, so liegt in dem Nichtwissen und Nichtbewußtsein ein Fall, welchen die Rechtsregel nicht treffen will. Der error erscheint somit als etwas durch die Regel selbst Erlaubtes oder Zugelassenes.

3) Dies beweisen l. 53 D. 50, 17 durch den Gegensatz: per errorem dati und consulto dati, und die Parömien: non videntur qui errant, consentire — nulla voluntas errantis est — quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt (l. 76 D. 50, 17), ferner l. 8 §. 8 D. 17, 1 (si scientes et prudentes — omiserunt, dolo versati sunt; si ignoraverunt, ignorantia excusata est, und l. 29 pr. eod. (si sciens praetermiserit — videtur dolo versari, — ubi vero ignoraverit, nihil, quod ei imputetur.

Bei B zeigt der Irrthum deutlich das Gepräge menschlicher Kurzsichtigkeit und Uebereilung, welcher nach der Rechtsordnung eine gewisse Nachsicht und Milde der Beurtheilung zu Theil werden soll, wenn im einzelnen Falle die Sachlage also sich darstellt, daß eine solche Behandlung des Irrthums angezeigt erscheint [1]). Der Irrthum muß hier in den besonderen Umständen des Falls gerechtfertigt (justus error tolerabilis) sein, weil seine Behandlung gewisser Maaßen auf einem beneficium juris beruht; sie wird als ein succurrere, subvenire bezeichnet. Dieses Beistehen und Beispringen geschieht entweder mittelst einer restitutio in integrum und einer ähnlichen Aushilfe [2]), oder auch in einzelnen Fällen durch besondere ordentliche Rechtsmittel (exceptiones, utiles actiones u. dergl.) [3]).

§. 3.

Der Irrthum mit der Wirkung nach II. 7 A §. 2 (als Verneinung des wissentlichen, absichtlichen, vorbedachten Handelns) ist in folgenden Fällen zu finden:

a. Bei den Delikten, welche das Bewußtsein der Rechtsverletzung, des rechtswidrigen Handelns in ihrem Thatbestande enthalten. Unkenntniß und Irrthum in dieser Beziehung heben die Strafbarkeit auf, faktischer Irrthum, wie error juris. Nur bei dem Senator, der eine Freigelassene zur Frau nahm, wird ausnahmsweise entschuldbarer Irrthum erfordert [4]), und

---

1) Für gewisse Fälle, ubi locus vel tempus non patitur plenius deliberandi consilium kommt die Rechtsordnung dem Irrthum durch besondere Satzungen zu Hilfe, l. 1 pr. D. 14, 1. l. 44 pr. D. 41, 3.

2) l. 11 pr. D. 44, 2. l. 1 §. 5 D. 2, 13. l. 1 §. 17 D. 42, 6. l. 8 §. 2 D. 2, 8.

3) Replik gegen die exc. Sc. Maced. u. Vellej. — utilis actio in l. 13 pr. D. 14, 3. l. 1 §. 10 D. 15, 2. — Hoc Praetor remittere debet l. 2 §. 1 D. 25, 4.

4) Savigny, Syst. III. S. 395.

wenn zuweilen auch der Rechtsirrthum als ein schuldaufhebendes Moment ausdrücklich ausgeschlossen wird, so ist hier unter dem Gegenstande des Irrthums offenbar nur das einschlagende Strafgesetz zu verstehn[1]).

b. Der civilrechtliche dolus setzt Bewußtsein und Absicht voraus; die nachtheiligen Folgen desselben können daher nicht eintreten, wenn die Handlung oder Unterlassung auf Unwissenheit oder Irrthum beruht.

c. Die scientia verschärft die Verhaftlichkeit des Verkäufers und Vermiethers für die Mängel des verkauften oder vermietheten Gegenstandes. Irrthum und Unwissenheit veranlassen ein milderes Urtheil des Richters, aber nicht Befreiung von der Verhaftlichkeit.

d. Die Giltigkeit des Antritts und der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses sind bedingt durch die Gewißheit und richtige Kenntniß des Erben ꝛc. bezüglich der Delation, und der Art derselben.

e. Die bona fides bei der bonae fidei possessio, bei der Usukapion und bei dem Erwerb durch einen homo bona fide serviens ist lediglich ein positiver Ausdruck für die Verneinung des dolus. Dieselbe Bedeutung hat bona fides regelmäßig auch bei Verträgen und Quasikontrakten.

f. Scientia ist die Voraussetzung der stillschweigenden Willenserklärung[2]), und der stillschweigenden Genehmigung der Handlung eines Andern[3]). Irrthum und Unwissenheit über

---

1) Beispiele l. 15 pr. D. 48, 10. l. 1. l. 11 §. 4 D. 3, 2. l. 44 pr. D. 23, 2. c. 2 C. 2, 2. c. 1 C. 5, 6. c. 2 C. 2, 35. l. 17 D. 34, 9. Doch giebt es verschiedene Ausnahmen für Frauen, Minderjährige und für rusticitas überhaupt, Savigny S. 392 ff.

2) Errantis nulla est voluntas — qui errant, non consentiunt etc.

3) Savigny S. 245 ff. 343. l. 1 §. 3 D. 14, 4: si scit et non protestatur et contradicit. l. 3. l. 4 pr. D. 9, 4: ubi scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, quum prohibere potest, non prohibuit. cfr. l. 45 pr. D. 9, 2. Archiv f. civ. Prax. B. 57 S. 194 ff.

die einschlagenden Thatsachen und Verhältnisse entziehen dem Schlusse, auf welchem die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung beruht, die Gewißheit des Obersatzes.

g. Eine Rechtsregel lautet: Das Grundelement aller Verträge sei die Uebereinstimmung des Willens der Kontrahenten [1]). Folglich ist der Vertrag ungiltig, wenn der Wille der Kontrahenten in Folge eines Irrthums in einem wesentlichen Punkte des Vertrags nicht übereinstimmt [2]). Eine andere Rechtsregel lautet: Eine Willenserklärung ist nur dann giltig, wenn das, was die Willensäußerung besagt oder bezeichnet, auch wirklich (innerlich) gewollt ist. Folglich errantis nulla est voluntas; wenn aus Anlaß eines Irrthums etwas Anderes als Wille erklärt wird, als wirklich gewollt war, so ist die Willenserklärung ungiltig [3]) — Auch hier wird der Irrthum Veranlassung, daß eine Rechtsregel nicht zur Anwendung kommen kann.

h. Wer Etwas zahlt oder leistet, oder mittelst Stipulation zu geben verspricht, was er nicht schuldet, kann mit der condictio indebiti oder sine causa Rückerstattung resp. Liberation verlangen, wenn er aus Unwissenheit oder Irrthum gezahlt oder repromittirt hat; weil Derjenige, welcher wissentlich eine Nichtschuld (indebitum) zahlt oder repromittirt, nicht den Willen haben kann, zu zahlen (animum solvendi), sondern den Willen hat, aus Liberalität zu geben (animum donandi). Die scientia bildet hier einen Bestandtheil der Rechtsregel; indebitum solutum sciens non recte petit [4]).

Die hier erwähnten Fälle der die Anwendung der Regel

---

1) l. 1 §§. 3. 4 D. 2, 14.

2) Vgl. vorige Note (nam et stipulatio, nisi habeat consensum, nulla est) und l. 9 pr. D. 18, 1.

3) Wäre wissentlich etwas Anderes erklärt, als gewollt war, so läge eine simulatio vor oder ein Scherz rc. Savigny, III. S. 260, 261 ff.

4) c. 9 C. 4, 5, Vgl. Arch. f. civ. Prax. Bd. 57 S. 197.

ausschliessenden Wirkung des error sollen in §. 6—10 näher erläutert und nachgewiesen werden.

§. 4.

I. Es giebt Erklärungen, welche nicht die Bestimmung haben, einen rechtlichen Willen (ein Begehren, daß ein Rechtsverhältniß begründet, abgeändert oder aufgehoben werden soll) auszudrücken, sondern nur die Existenz oder die Beschaffenheit von Thatsachen feststellen und bezeugen sollen [1]). Sie drücken nicht ein Wollen, sondern ein Wissen aus. Sie haben nicht die Wirkung einer rechtlichen Verfügung, sondern regelmäßig nur eine beweisende Kraft [2]). Der Erklärende will Andere von der Wahrheit und Richtigkeit des Erklärten überzeugen. Unter welchen Voraussetzungen solche Erklärungen überzeugend resp. glaubwürdig werden, gehört nicht hierher; aber unter allen Umständen kann eine Glaubwürdigkeit nicht vorhanden sein, oder nicht fortdauern, sobald erhellt, daß das Erklärte nicht wahr oder richtig ist. Auch hier sagen die Quellen, daß der Irrthum des Erklärenden die Glaubwürdigkeit und Beweiskraft des Erklärten zerstöre. Das eigentlich wirksame Moment ist jedoch nicht der Irrthum, sondern die Unwahr-

---

1) cautio als testimonium proprium charakterisirt in c. 13 C. 4, 30. Die Stipulation war zur Zeit Justinians nur noch Form für Einkleidung und Befestigung materieller Verträge; sie hatte ihren autonomischen, rechtsergänzenden Charakter verloren. Die Stipulationsurkunde (cautio) war zu einer Beweisurkunde degradirt. Hesse, Wesen u. Arten der Verträge S. 117 ff. Siebenhaar in der sächs. Zeitschr. Bd. 40 (N. F.) S. 115.

2) l. 34 §. 5 D. 18, 1: mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur. l. 1 §. 4 D. 7, 9: ut inde possit apparere, an et quatenus rem pejorem legatarius fecerit. l. 4 D. 22, 4: Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari possit. l. 11. D. 22, 5, l. 21 §. 3 ib., c. 14 C. 8, 43: pecuniae solutae professio collata instrumento majorem rei gestae probationem continet, quam si —.

heit des Erklärten und deshalb wird in den Quellen auch nicht der Beweis des Irrthums, namentlich nicht Entschuldbarkeit desselben gefordert, um die Kraft der Erklärung aufzuheben, sondern nur der Nachweis der Unwahrheit. Dieser Grundsatz [1]) findet seinen Ausdruck in l. 6 §. 1 D. 1, 18: Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur; et ideo praeses provinciae id sequatur, quod convenit eum ex fide eorum, quae probabuntur, c. 5 C. 4, 30 (requiritur, an justa causa debiti praecesserit), c. 15 eod. (verbis: nisi certe ipse per apertissima argumenta religionem judicis possit instruere, quod in alium modum negotium subsecutum sit), l. 25 §. 4 D. 22, 3 (nisi ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse), c. 5 C. 4, 2 (in suo statu manente eo, quod vere factum intercessit, ex scriptura nihil deberi manifestum est), c. 5 C. 1, 18 (falsa demonstratione mutari substantia veritatis non potest), c. 17 C. 4, 29: (quum eam veritatis substantia constituta potior, quam simulata gesta, tueatur), c. 2 C. 8, 33 (mendaci scriptura contra fidem veritatis obligari ejus res non potest), c. 6 C. 4, 31 (neque scriptura obligare te contra fidem veritatis potuit), c. 10 C. 8, 54 (majores veritate rei, quam scriptura vires obtinente). Die Ausdrücke veritas rei (gestae) und scriptura beweisen, daß hier nicht von schriftlichen Willenserklärungen, sondern von Beweisurkunden (Zeugnissen) die Rede ist, und der Ausdruck scriptura te obligare non potest deutet auf die Beweiskraft der Urkunde und die darauf zu basirende richterliche Verurtheilung hin.

Wenn aber die nachgewiesene Unwahrheit des mündlichen oder schriftlichen Zeugnisses diesem die Glaubwürdigkeit entzieht, so kann nichts darauf ankommen, ob dieses aus Irrthum, oder

1) Anwendungen desselben l. 40 pr. D. 18, 1. c. 4 C. 4, 9. c. 1. 2. c. 8 C. 1, 18 c. 6 C. 4, 2.

Leichtsinn oder Arglist unrichtig abgestellt worden ist, obschon diese Momente in anderer Hinsicht (Kostengeltung, Schadensersatz u. dgl.) von Bedeutung sein können.

Diese Grundsätze kommen in Anwendung bei allen Zeugnissen überhaupt, ferner bei den außergerichtlichen Geständnissen, als Zeugnissen gegen sich selber, sie mögen nun mündlich oder schriftlich erfolgt sein (Beweisurkunden), endlich aber bei allen Handlungen, welche den Zweck haben, die Wahrheit, Richtigkeit oder Beschaffenheit einer Thatsache, eines Verhältnisses u. dgl. festzustellen, z. B. Wägen, Messen, Zählen, Rechnen. Die Rechnung, Berechnung, Abrechnung kann angefochten werden wegen Irrthums jeglicher Art; der blose Nachweis der Unrichtigkeit einer Post oder der Addition, Multiplikation u. s. w., reicht zur Anfechtung hin. Daher die Vorschriften über den error calculi [1]). Die Theilung einer Erbschaft, die Kollation beruhen ebenfalls auf Deklarationen, Schätzungen, Berechnungen, und jeder Irrthum, welcher hier unterläuft, kann geltend gemacht werden, soweit nicht über einen oder den andern Punkt ein Vergleich geschlossen worden ist. Auch Inventarien, Nachlaß- und andere Vermögensspezifikationen haben den Zweck, den Bestand eines Vermögens festzustellen, und sind nach gleichen Grundsätzen zu behandeln, mit Ausnahme des Inventariums, welches ein Vormund aufstellt [2]).

Daß nach deutschem Rechte in der cautio indiscreta ein verpflichtendes Anerkenntniß der Schuld (analog der Sti-

1) l. un. C. 2, 5.

2) Vgl. über diese ganze Materie Hesse, jurist. Probleme, S. 17—112 über Geständniß, S. 117—172 über Rechnungslegung, Abrechnung, Inventar. — Was das Vormunds-Inventarium anlangt, so können in c. 13 C. 5, 51 die Worte nihil esse aliud inspiciendum, nisi hoc, quod inscripsit, auch auf den vorhergehenden Passus: si tutor aliquid dixerit bezogen werden; dann wäre entschuldbarer Irrthum zur Anfechtung nicht erforderlich.

pulation) liege, und die cautio discreta nicht als Beweisurkunde, sondern als verpflichtende Urkunde angesehn werde, selbst wenn sie über eine Darlehnsschuld ausgestellt worden (also die querela non num. pecuniae nicht mehr praktisch sei), bleibt eine Erfindung und unbegründete Behauptung [1]). Daraus, daß für den Wechsel und einige andere Handelspapiere die Wissenschaft zur prinzipiellen Begründung auf die stipulatio zurückgreift, folgt in Ewigkeit noch nicht, daß das deutsche Recht überhaupt formelle Verträge habe und anerkenne.

§. 5.

II. Man sagt gewöhnlich, der Irrthum in den Beweggründen sei in der Regel ohne Einfluß auf die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts [2]). — Diese Regel aber erscheint mir in dieser Formulirung nicht richtig, sondern sie muß nach meiner Ansicht lauten: Der Irrthum in dem Beweggrunde hat Einfluß auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn der Beweggrund nach dem Begriffe und Wesen oder nach dem erkennbaren Inhalte des Geschäfts als ein juristisches Moment erscheint [3]).

Die Unterscheidung zwischen Bestimmungsgrund und Veranlassung (Windscheid, Pand. §. 98 nota 6) ist nicht durchschlagend und bleibt unsicher, und was den Irrthum in causa prae-

1) A. M. Siebenhaar in der sächs. Zeitschr. B. 40 (N. F.) S. 100. 114 ff. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 157 ff. Das Bedürfniß formeller Verträge für den ganzen bürgerlichen Verkehr beruht auf Einbildung und unerwiesenen Behauptungen.

2) Savigny S. 355. Windscheid, Pand. §. 78 legt den Nachdruck darauf, daß der Umstand, daß ohne den Irrthum nicht gewollt sein würde, in einer dem Gegentheil erkennbaren Weise hervorgetreten sei. — Diese Fassung erscheint mir zu eng, und mehr das Aeußere der Verhältnisse zu berühren, als den inneren Grund, und hält nicht Stich bei Vergleich und gerichtlichem Geständniß.

3) Mein Aufsatz im Arch. f. civ. Prax. Bd. 57 S. 183 ff.

terita anlangt, so spricht l. 52 D. 12, 6 offenbar nur von einer Liberalität, wie sich schon aus einer Vergleichung mit l. 65 §. 2 D. eod. (quia donare volui) ergiebt. Wenn mir Jemand sagt, er wolle einem Dritten für mich eine Zahlung leisten, und ich gebe ihm später diese Summe in dem irrigen Glauben, er habe die Zahlung bewirkt, so kann ich offenbar das Geld wieder zurückfordern.

Das römische Recht setzt bei jeder Vermögensentäußerung aus volkswirthschaftlichen und sittlichen Rücksichten einen vernünftigen und erlaubten Bestimmungsgrund voraus, welcher gleichzeitig das Geschäft juristisch charakterisirt und individualisirt. Ein abstraktes Versprechen oder Geben kennt das neuere Recht nicht. Selbstverständlich muß dieser Grund für den Richter erkennbar, also ausdrücklich ausgesprochen sein, oder aus den Umständen des Falles sich ergeben, oder in dem Begriffe des Geschäfts enthalten sein. Dieser Bestimmungsgrund erscheint bei dem benannten Kontrakte in dem Begriffe des Kontraktes; Dissens über die causa macht den Vertrag ungiltig. Bei den unbenannten Kontrakten finden wir den Hinweis darauf in den Formeln do ut des, do ut facias u. s. w. [1]). Bei den pactis wird verlangt, ut subsit causa, damit sie eine Klage erzeugen [2]). Bei den formellen Kontrakten kam die causa wenigstens mittelbar in Betracht vermöge der exceptio doli, oder condictio sine causa [3]). Für die traditio wird eine justa causa ausdrücklich gefordert, wenn sie den Uebergang des Eigenthums bewirken soll [4]). Wenn auch Mißverständniß der Parteien über

---

1) l. 65 §. 4 D. 12, 6: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.

2) l. 7 §§. 2. 4 D. 2, 14, lex contractus l. 8. l. 15 D. 19, 5 negotium gerere etc.

3) l. 4 D. 12, 4. l. 2. §. 3 D. 44, 4.

4) l. 31 pr. D. 41, 1. §. 40 Just. 2, 1: Si quidem ex causa do-

die causa dandi, sobald nur beider Wille auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist, den Eigenthumsübergang nicht hindert [1]), so zeigt doch der Irrthum in der causa dandi in anderer Weise seinen Einfluß [2]). Die ganze Lehre von den Condiktionen beruht auf der Wirksamkeit des Irrthums im Bestimmungsgrunde. Der Kauf, welchen ich abschließe, weil ich irrthümlich glaube als Erbe dazu verpflichtet zu sein, ist anfechtbar. Der Kauf, contemplatione illarum arborum, veluti oliveti abgeschlossen, ist ungiltig, wenn bei der Uebergabe die Oelbäume nicht mehr vorhanden sind [3]). Die Erbtheilung, welche ich vorgenommen habe, weil ich ein ungiltiges Testament für giltig hielt, ist unwirksam; ich kann meine Rechte als Intestaterbe verfolgen, — ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praejudicium tibi non comparabitur [4]).

Wie deutlich und bedeutungsvoll zeigt sich der Beweggrund bei der negotiorum gestio! Hängt nicht die ganze Entscheidung davon ab, ob Derjenige, welcher fremde Angelegenheiten ohne Auftrag besorgt, zum Vortheile des Andern oder in seinem eignen Interesse, oder pietatis causa dies thut [5])? Wird nicht der Unterschied zwischen pacisci und transigere in l. 1 D. 2, 15 lediglich auf den Beweggrund gestützt [6])? —

---

nationis aut qualibet alia ex causa tradantur. Diesen Nachsatz übersehn meist die Anhänger der „Anerkennung als Verpflichtungsgrund".

1) l. 36 D. 41, 1. Dies ist geordnet utilitatis causa im Interesse der Verkehrssicherheit.

2) l. 18 D. 12, 1; namentlich in der condictio causa data causa non secuta, cond. indebiti.

3) l. 58 D. 18, 1.

4) c. 4. C. 1, 18.

5) l. 6 §§. 3, 6, 9 l. 34 D. 3, 5.

6) Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. Ueber den Beweggrund bei den pactis l. 7 §§. 7, 11 l. 25, 26. l. 27 §. 4. l. 42. l. 51 pr. l. 56 D. 2, 14; bei dem constitutum

Für die Behauptung, daß der Irrthum im Beweggrunde ohne Einfluß bleibe, führt man entweder Dinge an, welche ganz außer dem juristischen Gesichtskreise liegen, z. B. die Hoffnung des Käufers, daß unter dem erkauften Grundstücke ein Steinkohlenlager befindlich sei [1]), oder Dinge, welche als Beweggrund nicht anerkannt werden können, z. B. wenn Jemand im Auftrage eines Andern vermeintlich dessen Sache verkauft, obschon sie dem Mandatar gehört [2]), oder man bezieht sich auf Stellen, welche von einer Liberalität sprechen. Vangerow (Pand. §. 604 Anm. IV) beruft sich noch auf l. 18 §. 3 und l. 38 D. 4, 3. Allein in der letzteren wird nicht gesagt, daß das Motiv (ein fingirter Brief des Schuldners veranlaßt den Gläubiger, den Schuldner durch Acceptilation zu liberiren) nicht wirksam sei; da es sich hier um einen formellen Vertrag handelt, so wirkt der Irrthum nicht direkt die Nichtigkeit desselben, aber indirekt schafft er, daß eine actio de dolo resp. Restitution zugesichert wird. Außerdem aber ist nach Analogie der l. 4 D. 12, 5 und 9 D. 19, 5 anzunehmen, daß auch eine condictio indebiti oder sine causa statt haben kann [3]). Die l. 18 §. 3 bespricht den Fall, daß Käufer und Verkäufer verabredet haben, mit Gewichten zu wägen, welche ein Dritter arglistig als richtige dargeliehen hat. Da beide in dem Glauben

l. 1 §. 6. l. 3 §§. 1, 2 D. 13, 5; außerdem vgl. l. 20 i. f. D. 14, 3 und l. 15 D. 19, 5. Die juristische Relevanz des Beweggrundes erhellt auch aus der justa causa manumissionis (§§. 4, 5 J. 1, 6) und aus der justa causa pollicitationis; „sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus"; l. 1 §. 1 D. 50, 12.

1) Irrthum über den Werth der Sache, Savigny S. 345.

2) Dahin gehört die l. 49 D. 17, 1, welche Vangerow anführt, (Pand. §. 604.)

3) Vgl. l. 17 §§. 4, 5 D. 14, 3: replicari de dolo malo oportet; — Ex hac causa etiam condici posse verum est, und l. 54 D. 12, 6. Daß die Subsidiarität der actio de dolo nicht entgegensteht, ist aus der historischen Entwickelung der Condiktionen zu erklären.

gestanden haben, die Gewichte seien richtig, so muß dieser Irrthum ohne Einfluß bleiben, zumal er nicht einen Willensakt, sondern nur eine konstatirende Handlung der Parteien betrifft. Es steht ihnen frei, von ihrem Uebereinkommen abzustehn und nochmals zu wägen, oder gegen den Dritten wegen dolus Schadensersatz geltend zu machen. In l. 34 pr. D. 18, 1, welche weiter von Vangerow citirt wird, finde ich folgende Gedanken ausgesprochen: plerasque res aliquando propter accessiones emimus, sicuti quum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur. Dieser Beweggrund des Käufers wird juristisch relevant und wirksam, sofern der Käufer nur im Vertrage sich vorgesehn und die marmora etc. als Accessionen hat anführen lassen [1]). Ein Mißverständniß der Kontrahenten über die Accession führt nicht die Ungiltigkeit des Kaufs herbei, sondern es soll gelten, quod venditor intellexerit, ohne Rücksicht auf den Werth der accessio im Verhältniß zur Hauptsache; — vielleicht deshalb, weil die Bezeichnung des Kaufobjekts in der Regel vom Verkäufer ausgeht [2]). — In dieser Stelle wird nicht entschieden, daß der Beweggrund, der in den Accessionen liegt, nicht relevant und der Irrthum im Beweggrunde einflußlos sei [3]). Wenn z. B. der Käufer ein Haus eben wegen der Accessionen gekauft hat, und diese zeigen sich bei der Uebergabe zertrümmert und zerstört, so muß ganz dasselbe Rechtens sein, was in l. 58 D. 18, 1 von den zerstörten Bäumen, si contemplatione illorum arborum, veluti oliveti, geordnet wird, —

---

1) Auch wenn sich aus dem Verhältniß des Werthes der accessio und Hauptsache zum Kaufpreise oder aus andern Nebenumständen der Beweggrund erkennen läßt.

2) l. 96 D. 50, 17.

3) Es wird nur bestimmt, daß wenn die Kontrahenten über die Identität einer einzelnen accessio in ihrer Meinung auseinander gehn, die Meinung des Verkäufers entscheidend sein soll.

der Kauf ist ungiltig, sobald jener Beweggrund für den Richter nur erkennbar ist.

Der Irrthum im Beweggrunde bewirkt in der Regel Nichtigkeit resp. Ungiltigkeit des Rechtsgeschäfts [1]). Dies beweist die eben gedachte l. 58 D. 18, 1 nicht minder der in l. 4. l. 16. l. 34 §. 1. l. 57 D. 18, 1 ausgesprochene Grundsatz. Der allgemeine Beweggrund des Käufers besteht in der Absicht, rem alienam sibi habere; deshalb ist der Kauf einer res publica, sacra oder propria nichtig. Bei dem pactum, constitutum, pignus, bei der fidejussio, hypotheca und pollicitatio wirkt der Irrthum im Beweggrunde ebenfalls Nichtigkeit [2]). Dagegen bei der stipulatio und acceptilatio wegen ihrer formellen Natur und bei der traditio aus dem oben angeführten Grunde besteht diese Wirkung nicht in einer Nichtigkeit des Geschäfts, sondern in einer indirekten Ausgleichung des Nachtheils.

Nur bei Versprechen, Gaben und Leistungen, welche auf einer Liberalität beruhn, kommt der Irrthum im Bestimmungsgrunde nicht in Betracht. Die Freigebigkeit ist sich selber Bestimmungsgrund, sie will eben zuwenden ohne Grund, d. h. ohne daß eine rechtliche Verpflichtung, zu geben, vorliegt, und ohne den Gegentheil verpflichten zu wollen. Daher kann ein Irrthum hier nicht beachtet werden; jedes Motiv außer der Freigebigkeit gehört nicht in die juristische Sphäre. Es sei denn, daß ein solches Motiv bei der Schenkung in juristischer Form und Bedeutung, als modus oder Bedingung, beigefügt wird, dann gewinnt es rechtliche Wirksamkeit [3]). — Der Satz falsa causa non nocet findet auch Anwendung bei letztwilligen Ver-

---

1) A. M. Windscheid, Pand. §. 78.

2) Voigt, Archiv f. civ. Prax. Bd. 54 S. 30. l. 37 D. 46, 1. l. 31 D. 13, 5, l. 5 pr. §. 1 D. 2, 14, l. 33 D. 20, 1. l. 1 §. 1. l. 11 D. 50, 12.

3) Diese Sätze sind enthalten in l. 52. l. 65 §. 2 D. 12, 6. l. 2 §. 7 D. 39, 5.

fügungen, insbesondere bei Vermächtnissen, quia ratio legati legato non cohaeret, was erläutert wird durch §. 1 J. 2, 20: legatum est donatio quaedam a defuncto relicta [1]).

Was als ein juristisches Moment anzusehn, darüber ist nicht bei der Lehre vom Irrthum zu handeln, sondern das ist aus der Lehre von den Rechtsgeschäften zu entnehmen.

§. 6.

III. a. Hinsichtlich des error bei Delikten, zu deren Begriff und Thatbestand der rechtswidrige Wille, also auch das Bewußtsein der Rechtsverletzung gehört (scientia), so daß in dessen Ermangelung kein Delikt vorhanden ist, herrscht Uebereinstimmung darüber, daß auf die Beschaffenheit des Irrthums nichts ankommt [2]).

Der civilrechtliche dolus zeigt sich in der Schädigung des Vermögens eines Andern und besteht in dem wissentlichen und geflissentlichen Herbeiführen solcher Schädigung. Er begreift nicht blos den Betrug, die Täuschung und Hintergehung eines Andern in sich, sondern auch das wissentliche und absichtliche Handeln gegen die ausdrücklich übernommenen oder aus der Natur eines Vertrags oder andern Rechtsverhältnisses nach der Ansicht redlicher Menschen sich ergebenden Verpflichtungen, ja auch die außerhalb eines Rechtsverhältnisses vorkommende wissentliche und widerrechtliche Schädigung eines Andern, und sogar das wissentliche Handeln gegen die gewöhnliche Ehrlichkeit und Rechtschaffenheit [3]).

---

1) Als ein Akt der Liberalität gilt auch die emancipatio; daher semel autem causa probata, sive vera sit sive falsa, non retrectatur; §. 6. J. 1, 6.

2) Savigny, S. 388 ff. Archiv cit. Bd. 57 S. 213. l. 7 §. 4 D. 2 1. l. 3 §. 5 D. 43, 29.

3) l. 19. l. 34 D. 4, 3. Brinz, Pand. §. 122.

Hier überall ist die scientia Bestandtheil der Rechtsregel [1]), und der error, welcher die scientia aufhebt, schließt von selber die Anwendung der Regel aus, bedarf mithin keiner Entschuldigung. Dies versteht sich logisch schon an sich selber, und bedarf eigentlich keines Beweises. Doch mögen einige Stellen hier Platz finden, welche den Satz ausdrücklich bestätigen [2]). Es sind dies l. 1 §. 47 D. 16, 3: si heres rem apud testatorem depositam distraxit, ignarus depositam — quia dolo non fecit non tenebitur; l. 11 eod.: si tamen ignoravit is, apud quem deposuit, liberari potest; l. 25 §. 6 D. 5, 3: et non puto, hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in jure erret. Also auch Rechtsirrthum schließt den dolus aus [3]). Dagegen wird man keine Stelle finden, welche für solchen Irrthum Entschuldbarkeit fordert [4]).

b. Die Verhaftlichkeit des Verkäufers und des Vermiethers oder Verpachters für die Mängel der verkauften, vermietheten oder verpachteten Sache ist umfangreicher, wenn sie die Mängel kennen (quanti interest), sie mindert sich, wenn sie die Mängel nicht gekannt haben (quanti minoris, Wegfall des Pachtgeldes u. s. w.). Auch hier bildet die scientia (dolus) den Thatbestand der Rechtsregel; error und ignorantia schließen die Anwendung der Rechtsregel d. h. die Folgen des dolus aus; aber vermöge positiver Bestimmungen

---

1) Vgl. Archiv f. civ. Prax. Bd. 57 S. 205.

2) Weiter sind zu erwähnen l. 2 §. 5 D. 44, 4: facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. l. 177 D. 50, 17. l. 37 §. 1 D. 27, 1: si errore potius, quam malitia ab administratione cessasset. l. 8 §. 8. l. 29 pr. D. 17, 1: si scientes et prudentes omiserunt, dolo versati sunt; si ignoraverunt, ignorantia excusata est.

3) Vangerow, Pand. §. 83 Anm. 1. IV. 3.

4) Das Axiom magna culpa dolo comparatur hebt den Begriff des dolus nicht auf, und bezieht sich nur auf Rechtsverhältnisse, in welchen der Eine dem Andern zu einer gewissen Thätigkeit verpflichtet ist.

für den Kauf und den Pachtvertrag können sie nicht eine gänzliche Befreiung von der Haftpflicht herbeiführen [1]). Die Entschuldbarkeit der ignorantia befreit nicht von aller Verhaftlichkeit, die Unentschuldbarkeit derselben begründet nicht die Annahme der scientia. Nirgends in den Quellen wird in diesem Falle von Entschuldbarkeit des Irrthums gesprochen, die Quellen behandeln scientia und ignorantia als reine faktische Gegensätze, die verschiedene Rechtswirkungen äußern [2]). Julianus inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnando ex emto, l. 13 pr. D. 19, 1. Dasselbe gilt auch von dem Tausche, l. 2 D. 19, 4. Aehnliches finden wir bei der pignoris datio, l. 9 pr. l. 16 §. 1 D. 13, 7: sed utrum ita tamen, si scit, an etiam si ignoravit? Von dem Verpachter eines Weideplatzes wird gesagt: quod interest, praestabitur, si sciisti, si ignorasti, pensionem non petes.

c. Die Erbschaftsantretung sowie die Ausschlagung ist ungiltig, wenn der Erbe über die Delation und die Art derselben in Irrthum oder in Ungewißheit sich befindet [3]). Auch hier muß die scientia als Bestandtheil der Rechtsregel aufgefaßt werden, und jeder Irrthum ohne Unterschied die Ungiltigkeit der Antretung oder Ausschlagung bewirken [4]). Viele wollen auf Grund der c. 2 C. 1, 18: quum ignorantia juris excusari facile non possis, si major annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras — dem Rechts-

---

1) l. 1 §. 2 D. 21, 1.

2) l. 45. l. 57 §. 1 D. 18, 1. l. 13 D. 19, 1. l. 38 §. 7 D. 21, 1 in f. l. 19 §. 1 D. 19, 2. Voigt im Arch. f. civ. Prax. Bd. 54 S. 225 ff.

3) Vgl. Archiv f. civ. Prax. Bd. 57 S. 210. Windscheid §§. 597 und 643. l. 13 §. 1. l. 14. 15. 16. l. 17 pr. l. 19. l. 22. 23. l. 33. 34 D. 29, 2.

4) l. 13 §. 1. l. 19. l. 23. l. 30 §. 7 D. 29, 2. Vgl. die späteren Noten.

irrthum jene Wirkung entziehn[1]). Allein in l. 17 pr. D. 29, 2: nec is, qui non valere testamentum, aut falsum esse putat, repudiare potest, und in l. 15 eod. ist sicher ein Rechtsirrthum vorhanden[2]), und die Aussprüche der Quellen: plus est in opinione, quam in veritate — certus esse debet de jure suo[3]), streiten offenbar dafür, daß auch der Rechtsirrthum die Gewißheit ausschließe. In c. 2 aber ist nicht angegeben, worüber ein Rechtsirrthum stattgefunden hat; was nöthigt uns, diesen Irrthum gerade auf die Delation zu beziehn? Unter anderen denkbaren Fällen eines Rechtsirrthums, welcher Veranlassung zur Ausschlagung der Erbschaft gegeben haben kann, liegt der am nächsten, daß der Erbe, welcher die mütterliche Erbschaft durch Vermächtnisse für überbürdet ansah, das beneficium der Quarta nicht kannte und deshalb dem Nachlaß entsagte, oder es kann sein, daß er, die Erbschaft für überschuldet haltend, aus Unkenntniß des beneficium deliberandi von derselben sich lossagte (vgl. §. 9 unten).

§. 7.

d. Die bona fides begreift bei der bonae fidei possessio, der Usukapion und bei dem Erwerbe durch einen homo b. f. ser-

1) Daher sagt Savigny S. 384: Bei erbschaftlichen Handlungen werde dem Irrthum ein größerer Einfluß zuzuschreiben sein. Allein es sei doch nur eine etwas größere Anzahl einzelner Fälle, worin der Irrthum ausnahmsweise wirke. — Wie kasuistisch wird damit die ganze Lehre!

2) Vgl. l. 25 §. 6 D. 5, 3 und l. 34 pr. D. 29, 2: illa ratio est, quod qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum, dubitat.

3) l. 76 D. 50, 17: — non nisi vera et certa scientia perfici possunt. Voigt im Arch. Bd. 54 S. 38. Glück, Pand. XLII, 416 Anm. 11. Schon der Zweifel bewirkt die Ungiltigkeit der aditio oder repudiatio, l. 13 §. 1. l. 32 §. 2. l. 34 pr. D. 29, 2. Der Zweifel aber schließt den entschuldbaren Irrthum aus, weil er Veranlassung giebt, rem diligenter inquirere (§. 9 a. E.).

viens nichts anderes, als die Unbekanntschaft damit, daß man eine fremde Sache erworben hat ohne oder gegen den Willen des Eigenthümers[1]); l. 109 D. 50, 16: bona fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse[2]). Die b. f. zeigt sich als eine thatsächliche ignorantia in Bezug auf das Recht des Eigenthümers an der Sache, ihr Gegensatz ist der dolus, wenn man wissentlich und absichtlich eine fremde Sache gegen den Willen des Eigenthümers erwirbt und besitzt, und dadurch auf unredliche Weise diesen schädiget; §. 35 J. 2, 1: ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Die mala fides wird ausdrücklich als dolus bezeichnet in l. 7 §§. 11—17 D. 6, 2 und in l. 25 §. 6 D. 5, 3. Bei dem Erben, welcher die Mörder seines Erblassers gerichtlich zu verfolgen unterläßt, wird dem absichtlichen, wissentlichen Unterlassen (dolus) eine bonae fidei possessoris defensio gegenübergestellt, wenn er die Verfolgung aus ignorantia unterlassen hat[3]). Die Bedeutung der bona fides zeigt sich ferner bei dem Besitzerwerb durch einen Stellvertreter[4]). Ist dies ein Haussohn oder Sklave, und erwirbt er peculiari nomine, so kommt nur die scientia (dolus) des Haussohns oder Sklaven in Betracht, nicht Desjenigen,

---

1) Lediglich der wahre Eigenthümer der Sache steht bei dieser b. f. in Rücksicht. Dies beweisen auch l. 8 D. 41, 4 (quomodo enim mala f. emisse videtur, qui a domino emit), sowie die Sätze, daß Ususfruktus, Pfandrechte u. dgl. durch die Usukapion nicht aufgehoben werden, l. 44 §. 5 D. 41, 3 (nulla societate dominii), und daß die Usukapion durch die litis contest. nicht unterbrochen wird (l. 18 D. 6, 1), weil damit eine scientia rei alienae noch nicht nothwendig herbeigeführt wird.

2) l. 23 §. 1 D. 41, 3.

3) l. 21 §. 1 D. 29, 5 (dolus heredis punitus est). l. 17 D. 34, 9 (qui sciens defuncti vindictam insuper habuit).

4) In der Regel kommt es nicht auf die bona fides des Stellvertreters, sondern des Prinzipals an, Vangerow §. 322 Anm. 3.

cui acquiritur, ausgenommen, wenn dieser bei dem Erwerbe schon weiß, daß die Sache res aliena ist[1]), denn in diesem Falle konnte und sollte er den Erwerb verhindern[2]). Ganz anders verhält es sich mit der scientia des Käufers hinsichtlich der Mängel des Kaufobjekts; hier ist Vorschrift, omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse, ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit[3]). Die bona fides bei der Usukapion stellt sich hiernach als ein rein subjektiver Zustand dar, als das Nichtvorhandensein der scientia rei alienae; der Besitzerwerb darf nicht stattgefunden haben mit unredlicher Gesinnung und Absicht gegen den Eigenthümer der Sache. Eine objektiv begründete, auf gewissenhafter Ueberlegung beruhende Ueberzeugung wird nicht erfordert[4]). Eine allgemeine Rechtsregel sagt, daß Niemand von seinem dolus einen Vortheil oder Gewinn ziehen soll[5]); diese Regel wird durch besondere Rechtssätze dahin umgestaltet und erweitert, daß Der, welcher ohne dolus (scientia) eine fremde Sache in seinen Besitz bekommt, sie durch Ablauf der bestimmten Zeit zum Eigenthum erwerben, oder wenn er vorher auf Grund der vindicatio die Sache dem Eigenthümer zurückgeben muß, bei der Restitution hinsichtlich der Aufwände auf die Sache und der gezogenen Nutzungen milder behandelt werden soll[6]). Der Irr-

---

1) l. 4. l. 32 §. 2 D. 41, 2. l. 2 §§. 10—13 D. 41, 4.

2) l. 50. l. 109 D. 50, 17.

3) l. 12 D. 18, 1. l. 51 D. 21, 1.

4) Darauf weisen auch die Ausdrücke hin: voluntas, mens in den oben citirten Stellen, welche das Wissentliche und Geflissentliche bezeichnen; praedonis mente apprehendere, l. 25 §. 5 D. 5, 3.

5) l. 12 l. 28 D. 4, 3: ne ex dolo suo lucrentur — quia non debet lucrari ex alieno damno.

6) Streng genommen erwirbt der bonae fidei possessor nicht (durch besondern modus acquirendi), sondern es werden ihm die Früchte belassen. Daher ist hier die litis contest. entscheidend; nam ubi scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor, l. 20 §. 11 D. 5, 3. So lange

thum oder die ignorantia ist sonach hier die Verneinung des dolus, und kann nicht als Veranlassung zu einer Ausnahme von der Regel, welche nur unter besonderen, eine Nachsicht rechtfertigenden Umständen Platz greift, aufgefaßt werden, daher denn auch Rechtsirrthum die bona fides begründet, l. 25 §. 6 D. 5, 3) (dolo caret, quamvis in jure erret). Dem steht die cit. l. 17 D. 34, 9) nicht entgegen (deceptum autem ignoratione facti), denn die ignorantia juris kann hier nur in der Unkenntniß des bezüglichen bei Verlust der Erbschaft gebietenden Gesetzes bestehen, ein Gesetz, welches gleichzeitig als Strafgesetz sich darstellt (dolus heredis punitus est).

Ueber die Widerlegung der Einwände gegen diese Ansicht vgl. meinen Aufsatz im Arch. f. civ. Prax. Bd. 58 S. 305 ff. Namentlich habe ich dort versucht, die Behauptung von Bruns, die bona fides bestehe in der auf gewissenhafter Ueberlegung objektiv begründeten Ueberzeugung von dem redlichen Erwerbe, zu entkräften. Bruns identifizirt die allgemeine bona fides mit der b. fides bei Verträgen, insbesondere bei den b. fidei negotiis, bei denen sie zuweilen allerdings auch die diligentia umfaßt.

§. 8.

e. Bezüglich des Irrthums, welcher bei der condictio indebiti vorausgesetzt wird, geht die gemeine Lehre dahin, daß dieser entschuldbar sein müsse und der Rechtsirrthum die gedachte Klage ausschließe. Diese Lehre habe ich im Archiv f. civ. Prax. Bd. 56 S. 367 ff. zu widerlegen versucht[1]). Indem ich auf jenen Aufsatz verweise, hebe ich der Uebersicht wegen und zur weiteren Begründung meiner Ansicht Folgendes hervor:

---

der b. f. possessor nicht angefochten wird, gilt er loco domini; nach der Anfechtung kommt er als b. f. possessor in Betracht.

1) Vgl. noch Bd. 57 S. 218 ff.

Ein nicht blos bei Gelegenheit der cond. indebiti ausgesprochener, sondern durch das ganze Rechtssystem sich hindurch ziehender Grundsatz lautet:

Hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, oder

quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocari potest[1]).

Dieser Satz bedeutet: Wenn etwas aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Andern ohne allen oder ohne einen giltigen und gerechten Grund gekommen ist, so hat der Andere kein Recht dies zu behalten, er ist verpflichtet, es zurück zu geben (aut sine causa, aut injusta causa retineri intelligitur; ex quibus causis condictio nasci solet[2])). Allein nicht blos mit der condictio kann es zurückgefordert werden, sondern auch mit anderen Klagen.

Wer auf Grund eines ungiltigen Testaments mit den vermeintlichen Testamentserben aus Irrthum die Erbschaft theilt, kann mit der hereditatis petitio sein Intestaterbrecht geltend machen und das Vertheilte abfordern[3]).

Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam majori annis 25 succurendum est, quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum[4]).

Ein Schuldner giebt eine fremde Sache zum Pfande, der Gläubiger verkauft sie ohne Garantie für Eviktion, und durch den Erlös wird der Schuldner liberirt. Dem Eigenthümer resp. dem Käufer wird, je nachdem die Sache evincirt ist oder nicht,

1) l. 14. l. 66 D. 12, 6. l. 206 D. 50, 17.

2) l. 6 D. 24, 1.

3) c. 2 C. 1, 18.

4) l. 6 §. 2 D. 23, 3.

eine actio utilis gegen den Schuldner gegeben, ne ex aliena jactura sibi lucrum acquirat [1]).

Wer einen Schuldner durch acceptilatio liberirt, weil dieser ihm eine andere Leistung oder einen anderen Schuldner zu stellen versprochen hat, dem steht selbst gegen den Erben eine actio in factum (de dolo) zu, quia non debet lucrari ex alieno damno [2]).

Auf derselben Grundlage beruht auch die cond. indebiti [3]); sie begreift die Rückforderung Dessen, was der Beklagte ohne einen juristisch giltigen Grund von dem Vermögen des Klägers inne hat. Dies beweisen l. 17 §§. 4; 5 D. 14, 3: replicari de dolo malo oportet; nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram. Ex hac causa etiam condici posse verum est [4]), und l. 14, l. 66 D. 12. 6. Es ist also unrichtig, wenn Savigny sagt, die cond. indeb. verstehe sich nicht von selbst, der Zahlende habe freiwillig das Geld veräußert, und es sei eine besondere Begünstigung aus Billigkeit, wenn ihm die Rückforderung verstattet werde. Denn es bedeutet das aequum et bonum, aus welchem die condictio abgeleitet wird, sicher nicht die vage Billigkeit oder die exceptionelle Nachsicht; darauf hätte keine condictio resp. actio stricti juris gegründet werden können, sondern nur eine Restitution oder ein ähnliches Rechtsmittel. Auch sagen Gajus und die Institutionen: is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. — Sed

---

1) l. 12 §. 1 D. 20, 5. Auf demselben Grunde beruht die Entscheidung Julian's in l. 13 pr. D. 14, 3.

2) l. 28 D. 4, 3.

3) Hommel, rhaps. VI. obs. 784.

4) Dasselbe wird gesagt in l. 5 §. 1 D. 19, 1 und l. 6 D. 24, 1. Auch der handelt dolos, welcher aus einer irrthümlich geleisteten promissio Klage erhebt (si errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras), §. 1. J. 4, 13. l. 2 §. 3 D. 44, 4.

tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur [1]). Also nicht auf den Irrthum des Klägers, sondern auf die Nichtberechtigung des Beklagten, das Empfangene zu behalten, wird die condictio gestützt.

Der Grund, warum der Irrthum mit in die Begründung der cond. indeb. aufgenommen worden, beruht in Folgendem [2]). Es giebt eine Rechtsregel, nach welcher von Demjenigen, welcher wissentlich etwas verspricht oder giebt, was er nicht schuldig ist, angenommen wird, daß er schenken wolle [3]), donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur [4]). Bei solchem Geben oder Versprechen kann von einem animus solvendi nicht die Rede sein, man will unter allen Umständen geben, und dafür giebt es keine andere juristische Formel, als das donare im weitern Sinne; ob wirklich die causa, ut liberalitatem et munificentiam exerceat, vorhanden ist, darauf kommt nichts an [5]). So wird auch das gerichtliche Bekenntniß, daß der Gegner nicht schulde, wenn es in Kenntniß der

---

1) Daher is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit, l. 33 D. 12, 6. Etwas seicht dürfte die Anfechtung des Prinzips sein bei Savigny S. 451, 452.

2) Der Einwand Savigny's dagegen S. 454 widerspricht den in der folgenden Note citirten Stellen, sowie der l. 53 D. 50, 17 und c. 9 pr. C. 4, 5. Die Behauptung, jede Anwendung der Condiktion sei im Irrthum begründet, ist, wie jetzt allgemein anerkannt wird, unrichtig. Der Irrthum fungirt nur als Veranlassung.

3) l. 12 D. 46, 2. l. 7 §. 2 D. 41, 4. l. 47 D. 38, 1.

4) l. 29 pr. D. 39, 5. Analog wird Der behandelt, welcher wissentlich auf fremde Sachen Verwendungen macht, als ob sie sein wären, §. 30 J. 2, 1. l. 38 D. 5, 3; nur wird hier nicht animus donandi, sondern culpa angenommen.

5) Der Irrthum im Beweggrunde veranlaßt die Ungiltigkeit der causa traditionis. Der Empfänger hat also sine causa oder sine justa causa. Ist ein Irrthum nicht vorhanden, so bliebe doch ein indebitum und ein retineri sine causa, wenn nicht das donari videtur Platz griffe.

Unwahrheit abgelegt wird, als Schenkung angesehn[1]). Lediglich in Folge dieser Regel kommt der Irrthum in die Voraussetzungen der cond. indebiti. Da ihre Grundlage in dem rechtswidrigen Behalten und grundlosen Haben des Beklagten ruht, so muß ein leichtsinniges oder auf Nachlässigkeit beruhendes Zahlen des Klägers indifferent erscheinen; jene Grundlage wird dadurch nicht alterirt. Folglich kann hier nicht entschuldbarer Irrthum erfordert und Rechtsirrthum nicht ausgeschlossen werden. Dies ergiebt sich unzweifelhaft auch aus c. un. C. 2, 5. Der Rechnungsirrthum bedarf keiner Rechtfertigung; errorem calculi veritati non afferre praejudicium, saepe constitutum est. Wenn man nun auf Grund eines solchen Irrthums zu viel versprochen oder gezahlt hat, so ist die condictio indebiti begründet; si per errorem calculi velut debitam quantitatem, quum esset indebita, promisisti, condictio liberationis tibi competit[2]).

Diese Beweisführung unterstützen auch die Ausnahmen, in denen die cond. indeb. wegfällt, z. B. bei Erfüllung einer naturalis obligatio, oder wenn der Beklagte suum recepit. Man kann hier nicht sagen, daß er ohne einen redlichen Grund das Empfangene habe resp. behalte.

§. 9.

Der Irrthum ist bei der cond. ind. die pure Verneinung des wissentlichen und absichtlichen Zahlens einer Nichtschuld, daher das Axiom: cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. Indebitum solutum sciens, non recte repetit[3]). Der Irrthum hat nicht die

1) l. 29 §. 1 D. 39, 5.

2) Daß dies eine positive oder exceptionelle Vorschrift sei, wird man nicht nachweisen können.

3) l. 53 D. 50, 17. Vgl. l. 7 §. 2 D. 41, 4.

Wirkung, eine Ausnahme von der Rechtsregel zu veranlassen und soll nicht etwa ungewöhnlich begünstigt werden. Da nun auch der Rechtsirrthum in Ansehung der Schuld das wissentliche, absichtliche Zahlen eines indebitum ausschließt [1]), so kann die Ansicht, daß bei Rechtsirrthum die condictio nicht zulässig sei, nicht gebilliget werden. Es giebt eine Mehrzahl Stellen, in welchen der Rechtsirrthum als klagbegründend anerkannt wird [2]). Diesen Stellen und der prinzipiellen Grundlage der condictio gegenüber müssen die Konstitutionen, welche einen Widerspruch zu enthalten scheinen, so interpretirt werden, daß eine Uebereinstimmung hergestellt wird. C. 10 C. 1, 18 kann ohnehin wörtlich und als allgemeine Regel nicht aufgefaßt werden, denn sie läßt die repetitio indebiti nur (tantum) im Fall einer ignorantia facti zu [3]), im strikten Widerspruche mit den oben citirten Stellen. Sämmtliche widersprechende Konstitutionen enthalten Reskripte ohne Angabe des Rechtsfalls, und es erscheint daher nicht blos zulässig, sondern auch geboten, die Vorschrift: quum quis jus ignorans indebitam pecuniam

---

1) l. 47 D. 38, 1. Für meine Ansicht sind Vinnius, quaest. I. 47. Mühlenbruch im Arch. f. civ. Prax. Bd. 2 S. 419—431, das preußische Landrecht, das Oesterreich'sche Gesetzbuch und das französische Gesetzbuch (Savigny, S. 468 ff.; gegen seine Auslegung des Preußischen Rechts siehe S. 469 nota a im Eingange).

2) Vangerow, Pand. §. 625 Anm. II, 4. Windscheid, Pand. §. 426 nota 14. l. 1 pr. D. 36, 4. l. 32 §. 2. l. 38. l. 64 D. 12, 6. l. 16 §. 2 D. 4, 4. c. 5, 10 C. 4, 5. Ferner Gaj. III. 98. 140, welchen Savigny S. 449 anführt. Dieser interpretirt die citirten Stellen anders, indem er sagt, es könne auch faktischer Irrthum gemeint sein, und die Subsumtion einer verwickelten Thatsache unter die Regel, sowie die schwierige Erkenntniß einer Rechtsregel nicht zum Rechtsirrthum zählt (S. 448 ff.). Darin hat er keinen Beifall gefunden.

3) Sie schließt also auch den entschuldbaren Rechtsirrthum aus, welchen Savigny, Vangerow, Windscheid u. A. zulassen wollen. Diese Ansicht vermag also den Widerspruch in den Quellen nicht zu lösen.

persolverit, cessat repetitio, auf die Fälle zu beschränken, in denen ausnahmsweise wegen error juris repetitio cessat.

Daß eine solche Auslegung der betreffenden Stellen im Codex nicht allein zulässig, sondern selbst angemessen und nothwendig sein dürfte[1]), ergiebt sich aus Folgendem. In den Pandekten und namentlich in dem Titel de cond. indebiti giebt es nicht eine einzige Stelle, welche zwischen error facti und error juris unterscheidet und den letztern verwirft; l. 9 §. 5 D. 22, 6 spricht blos von dem Falle; si quis jus ignorans lege Falcidia usus non sit, ohne eine allgemeine Regel aufzustellen. Ja auch im Codex treffen wir eine große Anzahl Stellen, welche den error überhaupt bei der cond. ind. erwähnen ohne alle Unterscheidung[2]). Dazu zählen c. 1—4 D. 4, 15 (de cond. ind.) und c. 9: indebitum solutum sciens non recte petit. In c. 6 eod., in c. 6 C. 1, 18 wird zwar die cond. ausdrücklich auf einen error facti gegründet; aber da in diesen Reskripten der Rechtsfall nicht angegeben ist, so läßt sich mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß ein error facti wirklich vorlag und die Entscheidung nicht über den gegebenen Fall hinausging. Von der c. 2 C. 1, 18 habe ich schon gesprochen[3]). In Ansehung der c. 10 ib. ist zu bemerken, daß unter indebitum nicht blos zu verstehen ist, was überhaupt nicht geschuldet wird, sondern auch das plus debito solutum, wenn man z. B. übersehn hat, einen Abzug zu machen. Wegen Rechtsirrthums würde die Rückforderung ausgeschlossen sein, wenn eine pietatis causa verbleibt, oder ein naturale debitum vorliegt, oder

---

1) Vgl. Mühlenbruch im Arch. Bd. 2 S. 393 ff., 430 ff.

2) c. 15 C. 8, 41. Es giebt eine große Menge von Fällen in dem Corpus juris, bei denen faktischer und auch Rechtsirrthum angenommen werden kann. Sicher hätten die römischen Juristen hier bemerkt, daß nur faktischer Irrthum zu verstehn sei, wenn der Rechtsirrthum die Rückforderung regelmäßig ausschlösse.

3) Unter §. 6 c oben.

wenn von dem benef. competentiae, divisionis, Sc. Macedoniani, legis Falcidiae u. s. w. kein Gebrauch gemacht worden ist. Auf die letztern Fälle deutet die darauf folgende c. 11 hin: quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat. C. 7 C. 4, 5: fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum, repeti posse, explorati juris est, sagt nicht, daß wegen Rechtsirrthums die Rückforderung ausgeschlossen sei, und c. 2. C. 2, 33[1]) läßt sich recht wohl von einem plus debito solutum verstehen in Folge des unterlassenen Abzugs der Quart. Dies rechtfertigen c. 9 C. 6, 50: error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit; noch mehr aber l. 9 §. 5 D. 22, 6, welche durchweg von einem fideicommissum indebitum auf Grund der nicht abgezogenen Quart spricht, und ein Reskript der Kaiser Antonin und Severus enthält, welches den spätern Kaisern jedenfalls zur Grundlage gedient hat[2]). — Jede andere Auslegung kommt mit c. 4 C. 1, 18 l. 2 §. 1, l. 65 §. 3 D. 12, 6, l. 16 §. 4 D. 4, 4, l. 1 pr. §. 1 D. 36, 4 in unauflöslichen Widerspruch. Daß wegen Rechtsirrthums die Rückforderung nicht wegfällt, dürfte in c. 5 (der emancipatus hat sich für den successor seines Vaters gehalten) und in c. 10 C. 4, 5 (utrumque per ignorantiam dependerit, quum ei licentia fuerat unum ex his solvendo liberari) hinreichend ausgesprochen sein. — Läßt sich aber für c. 7 C. 4, 5 und c. 2 C. 2, 33, wie oben geschehn mit größter Wahrscheinlichkeit nachweisen, daß die in ihnen enthaltene Entscheidung nicht allgemein zu nehmen, sondern auf einen bestimmten Fall des error juris einzuschrän-

1) Indebito legato, licet per errorem juris a minore soluto, repetitionem ei decerni, si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est.

2) In c. 2 C. 6, 42 ist von dem wissentlichen Leisten eines indebitum, um dem Willen des Testators nachzukommen, die Rede, l. 62 D. 12, 6, l. 20 §. 1 D. 39, 5, c. 9 §. 1 C. 6, 50.

len ist; so muß dies auch für c. 2 und c. 10 C. 1, 18 zulässig erscheinen, und ist aus den schon angeführten Gründen sogar geboten. Wenn man in dem Reskripte der Kaiser l. 9 §. 5 cit. den betreffenden Fall[1]) wegläßt, so erhält man die Regel: qui repetitionem habere credunt, sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse, dem Sinne nach dieselbe Regel, wie sie die besagte c. 10 aufstellt. — Justinian läßt in c. 11 C. 4, 5 die Rückforderung auch dann zu, wenn Jemand im Zweifel über die Schuld gezahlt hat, er fügt aber nicht bei, daß rechtliche Zweifel ausgeschlossen sein sollen; und doch wird ein mens titubans, ein animus anceps und incertus häufiger durch Ungewißheit über die rechtliche Lage, als über die faktischen Verhältnisse des Falls erzeugt werden[2]). — Die ganze Lehre von der condictio ind. würde unbegreiflich, wenn nur wegen faktischen Irrthums die Rückforderung gestattet sein sollte; denn wie vermag ein Zahlen aus Rechtsirrthum das Haben ohne Rechtsgrund auf Seiten des Beklagten aufzuheben, und wie soll es möglich sein, ein solches Zahlen als ein wissentliches und absichtliches Zahlen einer Nichtschuld aufzufassen? Man kann doch sicher nicht annehmen, daß die Juristen der späteren Kaiserzeit oder die kaiserlichen Räthe das Fundament der condictio indebiti nicht mehr gekannt oder ganz verkannt hätten[3])!

Gegen die von mir geltend gemachte Ansicht beruft man sich auch auf l. 25 pr. D. 22, 6. Indessen hier wird nur eine

---

1) „Quodsi ideo repetitionem habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse." —

2) Justinian entscheidet ein certamen legislatorum, welche nach l. 1 D. 2, 15: qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta transigit, theilweise wohl die Präsumtion eines Vergleichs aufgestellt hatten, im Gegensatz zu: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit, analog dem qui sciens solvit indebitum.

3) Dies ist nicht zulässig wegen §. 6 J. 3; 27 und §. 1 J. 4, 13.

Beweispräsumtion aufgestellt, die Vorschrift gehört also mehr dem Prozeß an. Jedoch abgesehn hiervon kann man, ausgehend von dem Obersatze: es sei unglaublich, daß ein homo diligens leicht irre, logisch nur zu der Folgerung gelangen: wenn er behauptet, geirrt zu haben, so muß er es glaubhaft machen, d. h. beweisen. „Quod per aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum" ist zu übersetzen: daß aus einem genügenden Anlaß zum Irrthum eine Nichtschuld von ihm gezahlt worden [1]). Von einem entschuldbaren Irrthum ist hier nicht die Rede. Dies bestätigen §. 1 der fragl. l. 25, welcher bei dem desidiae deditus die Präsumtion der Unglaubhaftigkeit des Irrthums aufhebt (die desidia würde der Entschuldbarkeit direkt widerstreben), ferner c. 1 C. 4, 5: si quid igitur probare potueris amplius debito creditori patrem tuum persolvisse, c. 6 eod.: Si per errorem facti non debitam quantitatem pro alio solvisti et hoc fuerit probatum, und c. 11 eod.; wer im Zweifel über den Bestand einer Schuld diese zahlt, hat den stärksten Anlaß, der Sache näher nachzuforschen, ehe er zahlt, befindet sich also nicht in einem gerechtfertigten (entschuldbaren) Irrthum. Justinian fordert zur Verweigerung der condictio offenbar certam et veram scientiam indebiti, wie sie zum Antritt der Erbschaft erheischt wird.

§. 10.

f. Der Irrthum kann der Grund sein, daß ein nicht wirklich Gewolltes als gewollt erklärt wird. In Folge dessen

---

1) Der Kläger hat zu beweisen, daß er ein indebitum gezahlt habe. Dann kommt die Regel des kanonischen Rechts: praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur.

entsteht Nichtigkeit der Willenserklärung, wenn es in seinem ganzen Umfange oder doch in einem wesentlichen Bestandtheile [1]), d. h. in Betreff der Natur des zu begründenden Rechtsverhältnisses, oder der Person, in Beziehung auf welche der Wille erklärt wird, falls es gerade auf diese bestimmte Person ankommt, oder eben nur eine bestimmte Person gewollt ist [2]), oder in Betreff des Gegenstandes, auf welchen die Erklärung gerichtet ist, nicht gewollt ist. Auch der Irrthum in Ansehung der Eigenschaften einer Sache, welche nach den im Verkehr herrschenden Begriffen die Wesenheit dieses Gegenstandes ausmachen, solle zur Nichtigkeit der Willenserklärung führen.

Diese von Savigny [3]) begründete Lehre halte ich in Ansehung des Irrthums über die Eigenschaften einer Sache nicht für richtig, und pflichte im Allgemeinen den Ausführungen Renaud's Bd. 28 S. 247 ff. dieses Archivs bei. Das Hervorheben von Eigenschaften mit der Bestimmung, daß sie die Wesenheit eines Gegenstands ausmachen, findet sich in den Quellen nicht; dieser Begriff ist erst von Savigny durch scharfsinnige Kombination und Spekulation gefunden worden [4]). Die Quellen sprechen nur von ĕrror in substantia oder ma-

---

1) Wenn eine Quantität (pretium, merces u. s. w.) zum essentiale eines Geschäfts gehört, macht der Irrthum, so fern er die Uebereinstimmung verhindert, das Geschäft nichtig, l. 52 D. 19, 2. Im letzten Satze der Stelle ist zwar Irrthum, aber doch Uebereinstimmung vorhanden; cfr. l. 1 §. 4 D. 45, 1.

2) Windscheid §. 76 nota 6. Brinz, Pand. S. 1412 ff. Irrthum bezüglich des Rechtszustands und der Eigenschaften der Personen wird in der Regel nicht nachgesehn. Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus; heredi autem hoc imputari non potest — l. 19 D. 50, 17. Ausnahmen bei gerechtfertigtem Irrthum l. 3 pr. D. 14, 6, l. 6, 7 D. 16, 1. Andere Fälle l. 8 §. 2 D. 2, 8. §. 7 J. 2, 10. l. 1 §. 6. l. 2 D. 27, 6. Voigt, l. c. S. 47 ff. S. 231 ff. Bd. 54.

3) System Bd. III. S. 263 ff. Windscheid §. 76.

4) Anlaß gab das Wörtchen ουσια in l. 9 §. 2 D. 18, 1.

teria, und setzen ausdrücklich den error in qualitate entgegen. Irrthum in den Eigenschaften des Gegenstandes, und wenn sie noch wesentlicher sind, kann nicht zur Richtigkeit der Willenserklärung führen, weil wenn man den Gegenstand gewollt hat, die Willenserklärung dem Gewollten entspricht. Man will in der Regel nicht die Eigenschaften, sondern eine bestimmte Sache oder Gattung, welcher man oder weil man ihr gewisse Eigenschaften zuschreibt. Auch bestimmen nicht die Eigenschaften, sondern die Merkmale die Wesenheit einer Sache, und niemals sonst wird substantia oder materia in den Quellen für den Inbegriff wesentlicher Eigenschaften gebraucht, z. B. uti frui salva rerum substantia — earum rerum pretium non in substantia, sed in arte est positum — speciem potius rerum, quam materiam intueri oportet — mensae cujuscunque materiae, vel argenteae, vel argento inclusae [1]). — Wo soll endlich die Grenze sein zwischen Eigenschaften, welche die Wesenheit einer Sache ausmachen, und andern, welche nicht diesen Effekt haben? Die im Verkehr darüber herrschenden Begriffe sind ein sehr ungewisses, schwankendes und schwer zu fixirendes Kriterium. Ist nicht bei dem Sclaven seine Eigenschaft als Künstler oder Koch oder Oekonom eben so wesentlich, als das Geschlecht? —

Nach meiner Ansicht sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Der Wille (die den Willen leitende Vorstellung) ist auf eine bestimmte Sache (species) gerichtet, in der Willenserklärung aber wird unwissentlich eine andere Sache bezeichnet [2]).

---

1) l. 1 D. 7, 1. l. 14 D. 50, 16. l. 7 §. 1 D. 33, 10. l. 9 §. 1 eod.

2) §. 35 J. 4, 6. Dies gilt auch von Personen, Beispiel in l. 9 pr. D. 28, 5. Außerdem: Man schenkt dem A, weil man ihn für seinen Pathen hält; die Schenkung ist trotz des Irrthums giltig. Man hat einen Pathen, dem man zur Konfirmation ein Geschenk machen will. Man hält den A für diesen Pathen und schenkt ihm, während B der Pathe ist; die

Dann decken sich Wille und Willenserklärung nicht; was gewollt ist, ward nicht erklärt, und das Erklärte war nicht gewollt. Die Erklärung ist nichtig, (error in corpore).

2. Der Wille ist auf eine Gattung (genus), einen bestimmten Stoff (substantia, materia) als Menge oder Masse überhaupt, oder auf einen bestimmten Stoff einer Spezies gerichtet, die Willenserklärung lautet aber auf eine andere Gattung, einen andern Stoff; dann ist diese Erklärung nichtig, weil sie etwas Anderes ausspricht, als wirklich gewollt ist. Man hat aliud pro alio gekauft, z. B. acetum pro vino, aes pro auro, plumbum pro argento. Nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur, sagt Ulpian [1]). Ferner: mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens, nulla est emtio [2]). Der Wille des Käufers ist auf massives Silber gerichtet, er glaubt, daß der Tisch aus massivem Silber bestehe; seine Intention geht nicht dahin, einen Tisch überhaupt zu kaufen, welchem er etwa die Eigenschaft, silbern zu sein, zuschreibt. — Es ist nicht abzusehen, wie hier das „silbern" oder „massiv silbern" die Wesenheit eines Tisches bedingen soll; ein Tisch bleibt im Wesen ein Tisch, er mag aus Holz, Eisen oder Silber gefertigt, oder mit Silber und Gold verziert sein [3]). — Man kauft ein Grundstück mit Bäumen, nicht als Park oder Garten überhaupt, sondern der Wille ist darauf gerichtet, eine Oelbaumpflanzung zu erwerben (si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur); hat der Sturm vor der

Schenkung ist ungiltig. Nur wenn die innerlich gemeinte oder gewollte Person nicht dieselbe ist, welche in der Willensäußerung genannt worden, entsteht Nichtigkeit.

1) l. 9 §. 2 D. 18, 1. — ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, aliud pro alio veniisse videtur.

2) l. 41 §. 1 eod.

3) Vgl. l. 9 §. 1 D. 33, 10 und l. 7 §. 1 ib.

Uebergabe die Oelbäume zerbrochen, so ist der Kauf nichtig [1]). — Bei Sklaven führte der error in sexu Nichtigkeit des Kaufs herbei, weil die männlichen Sklaven eine andere Gattung von Sklaven bildeten, als die weiblichen [2]).

3. Der Irrthum über die **Eigenschaften** einer gewollten Sache macht die Willenserklärung niemals nichtig. Dies lehrt **Ulpian** klar und deutlich in l. 14 D. 18, 1. Er unterscheidet im Eingang der Stelle zwischen materia und qualitas. Für die qualitas führt er das Beispiel an von der viriola, welche für golden gehalten wurde, aber magna ex parte aenea war, und entscheidet: si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio. Bezüglich der materia fügt er dagegen hinzu: si autem aes pro aureo veneat, non valet [3]). — Wenn Jemand schon gebrauchte Kleider für neue kauft, oder ein bestimmtes Gefäß, was er irrthümlich für ein goldnes hält, aber von Messing ist [4]), oder mensas quasi citreas, quae non sunt, kauft [5]), so ist der Kauf giltig. Hier überall ist der Wille auf eine bestimmte Sache, nicht auf die Gattung oder den Stoff der Sache gerichtet; der Irrthum über die Qualität bewirkt keine Nichtigkeit der Willenserklärung. Wenn dem Gläubiger aes zum Pfande gegeben wird, und der

1) l. 58 D. 18, 1.

2) l. 11 §. 1 eod.

3) Die viriola wurde nicht als Armspange gewollt, sondern als Goldsache. Dies bezeichnet der Anlaß zum Kaufe, die **Erbtheilung**, ferner die Worte: quae aurea putabatur und pretio exquisito. Das inauratum bezeichnet die Eigenschaft; es war nicht reines Gold, sondern magna ex parte aes. Es wurde also über die qualitas einer als materia gekauften Sache geirrt; „quid dicemus, si in materia et **qualitate** ambo errarent?" lautet die Einleitung.

4) l. 45 D. 18, 1.

5) l. 21 §. 2 D. 19, 1: Supra diximus, quum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse. Ueber diese Stelle vgl. **Savigny**, l. c. S. 287 ff.

Schuldner versichert, es sei aurum, so gilt der Pfandvertrag trotz des Irrthums, „quia in corpus consensum est [1]).“ Der Wille war nicht auf den Stoff, sondern auf die Sache gerichtet, und l. 22 D. 45, 1 lautet: „Si id, quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus.“

4. Dasselbe gilt auch, wenn der Wille auf eine Gattung oder einen bestimmten Stoff gerichtet ist, und wir diese Gattung oder diesen Stoff als gewollt erklären, aber in den Eigenschaften uns irren; — „in vino consentio, si modo, vinum acuit, quia eadem prope οὐσία (substantia) est“, sagt Ulpian in l. 9 §. 2 D. 18, 1. Saurer Wein und guter Wein sind von demselben Stoffe, derselben Gattung, nur verschieden in der Eigenschaft (qualitas) [2]). Paulus fügt in l. 10 hinzu: si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret, tunc emtio valet. Hiermit stimmt Ulpian überein in der schon besprochenen l. 14 eod., wenn er von der viriola sagt: venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habet. Weiter sagt Ulpian l. 11 §. 1: Quodsi ego me virginem emere putarem, quum esset jam mulier, emtio valebit; in sexu enim non est erratum. Bei den Sklaven bewirkte das Geschlecht einen Gattungsunterschied; die Jungfrauschaft dagegen bildet nur eine Eigenschaft.

§. 11.

Gegen die Ausführungen von Savigny dürfte noch Folgendes zu bemerken sein [3]). Es ist nicht glaubhaft, daß unter

---

1) l. 1 §. 2 D. 13, 7. Die Erklärung bei Windscheid, §. 76 nota 10 widerspricht dem in der Stelle angeführten Grunde. Es ist error in qualitate vorhanden.

2) l. 15 D. 18, 6: si vina — sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum affirmavit venditor etc.

3) Die von Brinz gewählte Terminologie: Irrthum in der Vorstel-

aurum, aes, argentum metallene Gefäße gemeint seien; die Beweisführung durch l. 14 und l. 45 D. 18, 1 bezweifle ich; denn Ulpian behandelt in der erstern augenscheinlich den Unterschied zwischen error in materia und error in qualitate. Der letztere betrifft eine Gattung, eine Goldsache, viriolam, quae aurea dicebatur, aber nicht ganz von Gold war; für den error in materia führt er das Beispiel an: si autem aes pro auro veneat. Auf l. 45 (vas aurichalcum) kann Savigny sich nicht berufen, denn hier steht eine bestimmte Sache als Spezies im Gegensatze zum Stoffe (aurum). Metallne Gefäße oder Geräthe können nicht gemeint sein, weil dann die Geräthe (und nicht der Stoff) gewollt und nach der Willenserklärung gekauft wären, also eine Verschiedenheit des Gewollten und des Erklärten nicht vorläge. Der Irrthum in den wesentlichen Eigenschaften würde, mit Savigny zu reden, kein unächter, sondern ein ächter sein. — Mit Savigny's Darstellung läßt sich auch l. 21 §. 1 D. 19, 1 (nach Savigny's eigener Interpretation) nicht vereinigen, und endlich widerstrebt ihr auch die Unterscheidung zwischen materia und species, wie sie anderwärts in den Quellen festgehalten wird [1]).

Nicht zugestehn kann ich weiter die Behauptung in nota l. S. 283, daß wer ein goldnes Gefäß kauft, nicht an ein Gefäß überhaupt denke, sondern wesentlich an das Gold als Stoff des Gefäßes [2]); es sei eine species gekauft, aber unter der

---

lung und Irrthum der Bewußtlosigkeit, scheint mir nicht glücklich gewählt. Wer etwas Anderes erklärt, als er eigentlich will, weiß, was er erklärt und weiß, was er will; daß ihm nicht bewußt ist, daß die beiden „was" nicht dasselbe sind, kann man nicht als Besinnungs- oder Bewußtlosigkeit bezeichnen; der Sprachgebrauch ist dagegen.

1) §. 25 J. 2, 1. l. 7 §. 7. l. 24 D. 41, 1. Vgl. §. 10, dritte Note.

2) Dagegen spricht l. 14 D. 50, 16: quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. Die Quellen unterscheiden stets sehr scharf zwischen Geräthschaften, Gefäßen und Gold oder Silber;

stillschweigenden Bedingung, daß sie zu einem bestimmten genus gehöre. — Als Regel ist dieser Satz nicht zutreffend. Ob das Eine oder das Andere anzunehmen, ist eine quaestio facti; in der Regel kauft man nicht ein Gefäß überhaupt, sondern ein bestimmtes, entweder vom Käufer selbst beschautes, oder ihm von einem Andern beschriebenes Gefäß, also eine Species. Der Stoff und die Gattung kommt in der Vorstellung des Käufers nur als Motiv in Betracht. Doch kann es Fälle geben, wo der Wille auf den Stoff der species gerichtet ist, z. B. wenn ein Goldschmidt Goldsachen zum Einschmelzen kauft, oder Edelsteine, um Schmucksachen damit zu verzieren. — Sonst kommt gewöhnlich bei dem Kaufe von goldnen Geräthen, z. B. Ringen, Spangen u. dgl. nicht blos der Stoff, sondern auch die Façon, die Größe, die Arbeit u. dgl. in Betracht, so daß der Wille in der Regel als auf eine bestimmte Sache (species) gerichtet anzunehmen ist.

Nur wenn der Wille des Käufers ausdrücklich oder aus den Umständen des Falles sicher erkennbar auf eine Gattung von Sachen oder einen bestimmten Stoff überhaupt, oder auf die Gattung oder den Stoff einer species gerichtet ist, kann der Irrthum über Gattung oder Stoff Nichtigkeit der Willenserklärung bewirken. Dies gilt aber von unedlen Metallen so gut, wie von edlen; (a. M. Savigny S. 285). Ob Verschiedenheit der Gattung oder des Stoffs vorliegt, ist nöthigenfalls durch das Gutachten Sachverständiger in Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles festzustellen.

Savigny will (S. 297) die Aeußerungen der Juristen Marcellus und Labeo in l. 9 §. 2 und l. 45 D. 18, 1 als ältere, von den jüngeren Juristen verworfene Meinung auffas-

---

l. 3 §. 5. l. 7 §. 1. l. 9 §. 1 D. 33, 10. l. 1. l. 9. l. 11. l. 19 pr. §. 1—3 D. 34, 2. Dabei verstehn sie zuweilen unter aurum und argentum auch Gold- und Silbersachen als Gattung, nicht als species gedacht.

sen. Nach meiner Ansicht erscheint dies nicht nöthig, und in den Quellen findet sich kein Anhalt dafür. Marcellus stellt den Satz auf: der Kauf sei nicht ungiltig, quia in corpus consensum sit, etsi in materia sit erratum. Der Satz ist richtig und spricht die Regel aus. Ulpian widerlegt ihn auch nicht, sondern geht auf den Ausnahmefall ein, daß der Wille nicht auf eine species (corpus), sondern auf eine Gattung oder einen Stoff (substantia, materia) überhaupt gerichtet war. Wenn in l. 45 die Schlußworte dem Labeo wirklich zuzuschreiben sind, wie Savigny interpretirt (S. 296 nota h), so erhellt aus dem quem ad modum si vas aurichalcum pro auro vendidisset, daß hier nicht von einem Stoffkaufe (Gold als gewollt) die Rede sein kann, sondern daß das vas als Spezies gewollt war, und das aurum nur als Eigenschaft fungirt, denn das „quem ad modum" muß auf die vestimenta interpola pro novis vendita, also auf eine Spezies, bei der sich der Käufer in der Eigenschaft geirrt hat, bezogen werden. Angemessener erscheint mir jedoch, die gedachten Schlußworte dem Julianus zuzuschreiben. Die l. 41 §. 1 (mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti), welche auch von Julianus stammt, spricht keine entgegengesetzte Meinung aus; sie enthält den Fall, wo der Stoff der species als gewollt sich darstellt, nicht die species. Daß die Kompilatoren in einer so praktischen Materie, wie der Kaufvertrag ist, ältere und verworfene Meinungen kopflos aufgenommen hätten, läßt sich ohne einen klaren und sicheren Anhalt nicht wohl annehmen.

Endlich möchte ich gegenüber Savigny (S. 298, 299) bezweifeln, daß der Irrthum über den Stoff oder die Gattung auf Seiten des Verkäufers die Willenserklärung nichtig mache, und daß dieser Satz, außer auf den Tauschvertrag, auch auf die Schenkung und andere Verträge Anwendung finden könne. Die mir gesteckten Grenzen erlauben

stillschweigenden Bedingung, daß sie zu einem bestimmten genus gehöre. — Als Regel ist dieser Satz nicht zutreffend. Ob das Eine oder das Andere anzunehmen, ist eine quaestio facti; in der Regel kauft man nicht ein Gefäß überhaupt, sondern ein bestimmtes, entweder vom Käufer selbst beschautes, oder ihm von einem Andern beschriebenes Gefäß, also eine Species. Der Stoff und die Gattung kommt in der Vorstellung des Käufers nur als Motiv in Betracht. Doch kann es Fälle geben, wo der Wille auf den Stoff der species gerichtet ist, z. B. wenn ein Goldschmidt Goldsachen zum Einschmelzen kauft, oder Edelsteine, um Schmucksachen damit zu verzieren. — Sonst kommt gewöhnlich bei dem Kaufe von goldnen Geräthen, z. B. Ringen, Spangen u. dgl. nicht blos der Stoff, sondern auch die Façon, die Größe, die Arbeit u. dgl. in Betracht, so daß der Wille in der Regel als auf eine bestimmte Sache (species) gerichtet anzunehmen ist.

Nur wenn der Wille des Käufers ausdrücklich oder aus den Umständen des Falles sicher erkennbar auf eine Gattung von Sachen oder einen bestimmten Stoff überhaupt, oder auf die Gattung oder den Stoff einer species gerichtet ist, kann der Irrthum über Gattung oder Stoff Nichtigkeit der Willenserklärung bewirken. Dies gilt aber von unedlen Metallen so gut, wie von edlen; (a. M. Savigny S. 285). Ob Verschiedenheit der Gattung oder des Stoffs vorliegt, ist nöthigenfalls durch das Gutachten Sachverständiger in Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles festzustellen.

Savigny will (S. 297) die Aeußerungen der Juristen Marcellus und Labeo in l. 9 §. 2 und l. 45 D. 18, 1 als ältere, von den jüngeren Juristen verworfene Meinung auffas-

---

l. 3 §. 5. l. 7 §. 1. l. 9 §. 1 D. 33, 10. l. 1. l. 9. l. 11. l. 19 pr. §. 1—3 D. 34, 2. Dabei verstehn sie zuweilen unter aurum und argentum auch Gold- und Silbersachen als Gattung, nicht als species gedacht.

sen. Nach meiner Ansicht erscheint dies nicht nöthig, und in den Quellen findet sich kein Anhalt dafür. Marcellus stellt den Satz auf: der Kauf sei nicht ungiltig, quia in corpus consensum sit, etsi in materia sit erratum. Der Satz ist richtig und spricht die Regel aus. Ulpian widerlegt ihn auch nicht, sondern geht auf den Ausnahmefall ein, daß der Wille nicht auf eine species (corpus), sondern auf eine Gattung oder einen Stoff (substantia, materia) überhaupt gerichtet war. Wenn in l. 45 die Schlußworte dem Labeo wirklich zuzuschreiben sind, wie Savigny interpretirt (S. 296 nota h), so erhellt aus dem quem ad modum si vas aurichalcum pro auro vendidisset, daß hier nicht von einem Stoffkaufe (Gold als gewollt) die Rede sein kann, sondern daß das vas als Spezies gewollt war, und das aurum nur als Eigenschaft fungirt, denn das „quem ad modum" muß auf die vestimenta interpola pro novis vendita, also auf eine Spezies, bei der sich der Käufer in der Eigenschaft geirrt hat, bezogen werden. Angemessener erscheint mir jedoch, die gedachten Schlußworte dem Julianus zuzuschreiben. Die l. 41 §. 1 (mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti), welche auch von Julianus stammt, spricht keine entgegengesetzte Meinung aus; sie enthält den Fall, wo der Stoff der species als gewollt sich darstellt, nicht die species. Daß die Kompilatoren in einer so praktischen Materie, wie der Kaufvertrag ist, ältere und verworfene Meinungen kopflos aufgenommen hätten, läßt sich ohne einen klaren und sicheren Anhalt nicht wohl annehmen.

Endlich möchte ich gegenüber Savigny (S. 298, 299) bezweifeln, daß der Irrthum über den Stoff oder die Gattung auf Seiten des Verkäufers die Willenserklärung nichtig mache, und daß dieser Satz, außer auf den Tauschvertrag, auch auf die Schenkung und andere Verträge Anwendung finden könne. Die mir gesteckten Grenzen erlauben

mir zur Rechtfertigung meiner Ansicht nur folgende kurze Erläuterung. Die Beschränkung jenes Satzes auf den Kauf resp. den Käufer liegt in dem Wesen des Kaufvertrags. Der Käufer begehrt eine Sache, die ihm mangelt, zu haben und für sein Bedürfniß (eignen Gebrauch, Weiterverkauf u. s. w.) zu gebrauchen [1]). Für den Käufer wird hiernach entscheidend sein, daß er gerade eine bestimmte Gattung von Sachen oder einen bestimmten Stoff erwerbe, sei es eine Menge oder Masse, oder die Gattung resp. den Stoff einer species. Nach dieser Richtung können aber auch die Eigenschaften einer Sache von großer Bedeutung werden. Um nun den Verkehr nicht ganz unsicher zu machen, bestimmten die römischen Juristen mit praktischem Glück die Grenze für die Nichtigkeit des Kaufvertrags in dem Irrthum über den Stoff oder die Gattung. Hinsichtlich der Eigenschaften sorgte das ädilicische Edikt dafür, daß bei völliger Unbrauchbarkeit des Kaufobjects der Kauf rückgängig gemacht werden konnte, bei verminderter Brauchbarkeit ein Abzug am Kaufpreis gemacht werden durfte. Alle diese Vorschriften beruhn auf der gleichen Grundlage, auf dem Zwecke des Kaufs und seiner wirthschaftlichen Tendenz, bezüglich auf dem objektiven Bestimmungsgrunde des Käufers. Kommt nun der Irrthum und die Unwissenheit des Verkäufers bei den Eigenschaften nicht in Betracht [2]), so liegt es nahe, daß auch sein Irrthum im Stoffe oder der Gattung nicht in Rücksicht gezogen wurde. Des Verkäufers Irrthum in dieser Beziehung wird in

---

1) l. 1 pr. D. 18, 1: utilibus inutilia permutabat — quod alteri super est, alteri desit — quum tu haberes, quod ego desiderarem. Bekannt sind als Inhalt des Kaufvertrags das habere licere, und quae usu nobis esse possunt l. 35 §. 2 D. 18, 1. l. 58 eod. l. 10 pr. §. 2. l. 12 §. 1. l. 11 §§. 7. 8 D. 21, 1.

2) l. 13 §. 1 D. 19, 1. l. 1 §. 2 D. 21, 1: sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor.

den Quellen niemals erwähnt, das potuit enim nota habere venditor paßt auch auf die Substanz; es ist nur vom Irrthum des Käufers oder von beiderseitigen Irrthum die Rede, und c. 15 C. 4, 44 [1]) dürfte eher zu Ungunsten des Verkäufers, als zum Vortheil desselben ausgelegt werden können.

Aus dem angeführten Grunde kann aber die Nichtigkeit der Willenserklärung wegen eines Irrthums in Ansehung des Stoffs oder der Gattung des Vertragsobjekts auch nicht auf andere Verträge, ausgenommen den Tauschvertrag, ausgedehnt werden. Diese haben ihre eigenen Regeln und wirthschaftlichen Maximen, z. B. der Pacht- und Miethvertrag, oder ihr Inbegriff ist ein solcher, daß die Bedeutung des Stoffs oder der Gattung des Objekts nicht so in den Vordergrund tritt, wie bei dem Kaufvertrage. Wenn Jemand schenkt, so schenkt er in der Regel eine Sache als Spezies; wer einen goldenen Ring verschenkt, der will nicht Gold geben, sondern den Ring, den er für golden hält. Glaubt er, der Ring sei von Silber und er ist von Gold, so ist die Schenkung nicht ungiltig, wie Savigny S. 300 unter Berufung auf die Analogie des Kaufvertrags behaupten will [2]). Der Irrthum des Beschenkten kann niemals zu einer Nichtigkeit führen, weil er nicht in die Sache konsentirt, sondern sie nur acceptirt [3]).

---

1) — „qui familiaris rei scire vires, vel merita atque emolumenta debuerat." Des Verkäufers Intention geht nur auf Erzielung eines angemessenen Preises für die verkaufte Sache. Er soll und kann über den Stoff und die Eigenschaften sich vergewissern. Es kommt nur darauf an, ob er den Stoff der verkauften bestimmten Sache falsch beurtheilt, oder ob er einen andern Stoff gemeint, und einen andern Stoff in der Willenserklärung bezeichnet hat. Nur im letzten Falle ist die Erklärung nichtig.

2) Anders liegt der Fall, wenn der Schenker einen Pfandbrief von 100 Thlr. schenken will, und giebt aus Versehn ein Werthpapier von 1000 Thlr.; oder er will einen bestimmten (silbernen) Ring schenken und in dem Zwielicht sich vergreifend, giebt er einen andern (silbernen oder goldnen).

3) Bei Schenkungen sub conditione oder sub modo kann ihm eine

§. 12.

IV. In den bisher (§§. 6—10) behandelten Fällen finden wir niemals, daß die Quellen einen entschuldbaren Irrthum fordern und es wird in der Regel auch kein Unterschied zwischen faktischem und Rechts-Irrthum gemacht.

Dagegen wird in den Fällen, in welchen der Irrthum die gewöhnliche Anwendung einer Rechtsregel modifizirt oder eine Ausnahme von derselben herbeiführt, ingleichen bei den gesetzlichen Fristen, welche ein tempus utile begreifen, ein justus oder tolerabilis error erfordert und es wird in der Regel nur der faktische, nicht der Rechtsirrthum in der gedachten Weise begünstigt. Dies zeigt sich:

a. Bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Sie ist ein extraordinarium auxilium der Gerechtigkeit und Billigkeit gegen die Härten des strengen, gewöhnlichen Rechts, ein Hilfsmittel, das nur unter besondern, die Aufhebung der gewöhnlichen Rechtsfolgen rechtfertigenden Umständen gewährt wird. Dies geschieht causa cognita, und auf Grund eines Irrthums nur dann, wenn er ein justus error (ein gerechtfertigter) ist[1]). Die Restitution begreift ein außerordentliches beneficium, verschieden von den ordentlichen Beneficien, welche kraft Gesetzes regelmäßig und ohne causae cognitio gebraucht werden können, z. B. die exceptio Sc. Macedoniani und Sc. Vellejani, utiles actiones.

b. Bei den für einzelne Fälle zugesicherten besonderen

---

exceptio doli zu Statten kommen, z. B. wenn der Schenker ihm eine Masse, welche Gold scheint, mit der Auflage giebt, daraus seinen 3 Pathen goldene Ringe machen zu lassen, und es ergiebt sich, daß die Masse kein Gold, sondern ein geringes Metall ist.

1) Justus timor, eine in den Umständen gerechtfertigte Furcht im Gegensatz zu vanus timor. Bei error bildet den Gegensatz crassa negligentia — vana simplicitas — levis praesumtio —.

Restitutionen, z. B. gegen die nachtheilige Separation der Erbschaft, welche die Erbschaftsgläubiger beantragt haben[1]), wenn eine Partei bei Bestellung einer Prozeßkaution einen Sklaven als Bürgen angenommen hatte, den sie für einen Freien hielt[2]), wenn man vor dem Prätor bei der interrogatio in jure aus Irrthum etwas Unwahres eingeräumt hatte[3]), wenn man im älteren Prozeß versäumt hatte, mit der Klage die Beweisurkunden vorzubringen[4]) —; ferner bei der Restitution gegen die unterlassene Einwendung einer peremtorischen Einrede und gegen die Nachtheile des plus petere[5]) — gegen den Ablauf der einjährigen Frist zur Erhebung des Interdikts quod vi aut clam, und gegen den Ablauf der Fristen für die Klagen aus dem ädilicischen Edikt[6]); — endlich: wenn der Erbe oder Legatar die im Testamente vorgeschriebene Erfüllung einer Bedingung vor einem bestimmten Tage aus Irrthum unterlassen hatte[7]).

In allen diesen Fällen wird entweder ausdrücklich erfordert, daß der Irrthum durch besondere Umstände gerechtfertigt (entschuldbar) sei, oder es liegt die Rechtfertigung schon in dem Thatbestande des einzelnen Falles angezeigt vor, oder sie hat in dem Vorbehalte der causae cognitio Seiten des Prätors ihren Ausdruck gefunden. In einzelnen Restitutionsfällen tritt dies Erforderniß darum nicht zu Tage, weil nicht der Irrthum des Impetranten, sondern der dolus des Gegentheils der Grund

---

1) l. 1 §. 17 D. 42. 6. Savigny S. 384.

2) l. 8 §. 2 D. 2, 8. Savigny S. 386.

3) l. 11 §. 11. l. 13 pr. D. 11, 1. l. 8 D. 42, 2. Savigny S. 386.

4) l. 1 §§. 2—5 D. 2, 13. Savigny S. 428.

5) Gajus IV, §§. 25. 34. J. 4, 6.

6) l. 15 §§. 4. 5 D. 43, 24. l. 19 §. 6. l. 55 D. 21, 1. Savigny S. 412. 414.

7) l. 3 §. 31 D. 29, 5, Savigny S. 428. Auch das ex causa succurrere gegen die exc. rei judicatae in l. 11 pr. D. 44, 1 gehört hierher.

ist, weshalb die Restitution zugesichert wird, z. B. wenn der Kläger sich mit einem falsus tutor eingelassen, wenn ein Miterbe sich für den einzigen Erben fälschlich ausgegeben hat. Sollte nicht dolus des Gegentheils vorhanden sein, so liegt ein factum alienum wenigstens vor, hinsichtlich dessen der error als tolerabilis angesehn wird [1]).

c. Die Vorschriften in l. 3 pr. D. 14, 6 l. 6 D. 16, 1 sind offenbar darauf gerichtet, daß der Irrthum die Anwendung der Regel des Sc. Macedon. und Vellejanum modificiren, resp. eine Ausnahme im einzelnen Falle herbeiführen soll. Es wird deshalb ein in den Umständen gerechtfertigter Irrthum vorausgesetzt [2]). Dasselbe ist der Fall, wenn aus Irrthum ein Sklave als Testamentszeuge zugezogen worden war; der Irrthum soll der Giltigkeit des Testaments ausnahmsweise nicht schaden; subvenire se ex sua liberalitate testamento, sagen die Kaiser, quum eo tempore omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit. Darin liegt die Rechtfertigung des Irrthums [3]).

d. Gerichtliche Geständnisse und Vergleiche können nur unter besonders rechtfertigenden Umständen wegen Irrthums angefochten werden [4]). Es sind dies dispositive Akte, bei denen die Vermeidung eines Prozesses resp. die Absicht an Stelle eines zweifelhaften oder ungewissen Verhältnisses ein

---

1) l. 1 §. 6 l. 2 D. 27, 6 vgl. mit l. 7 §. 1 eod. l. 18 D. 11, 1.

2) quia filius fam. publice paterfam. plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahat etc. bei dem Sc. Maced. Bei dem Sc. Vellej. liegt die Rechtfertigung des Irrthums darin, daß er ein factum alienum betrifft. Savigny S. 367. Unzutreffend ist der Ausspruch S. 366: Der error räume die Ungiltigkeit des Geschäfts hinweg. Er bezeichnet nicht den Kern der Sache, sondern nur die Schale.

3) §. 7 J. 2, 10. c. 1 C. 6, 23.

4) l. 2. 4. 8 D. 42, 2. l. 11 §. 8 D. 11, 1. c. 7 C. 1, 18. Windscheid, Pand. §. 414.

unzweifelhaftes und gewisses zu setzen, Beweggrund sein kann und in der Regel sein wird. Könnte wegen jeglichen Irrthums Geständniß oder Vergleich angefochten werden, so wären auch die Geständnisse und Vergleiche gefährdet, welche aus dem gedachten Beweggrunde hervorgehen. Gerade aber deshalb, weil man nicht sicher weiß, wie sich die Sache verhält, (also weil man in Irrthum oder Zweifel befangen ist), vergleicht man sich oder gesteht (mitunter) etwas ein. Leichtsinn und Unvorsichtigkeit können hier nicht nachgesehn werden.

e. Wer als Käufer wegen Mängel der gekauften Sache gegen den Verkäufer klagbar werden will, muß in einem entschuldbaren Irrthum befangen sein; er darf sich nicht einer trägen Sorglosigkeit zeihen lassen [1]). Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, Fehler hervorzuheben resp. auszunehmen (excipere) von seiner Verhaftlichkeit, welche Jedermann ohne Weiteres sehen, oder sonst wahrnehmen kann [2]). Diese Bestimmung enthält eine positive Einschränkung [3]) des Satzes, daß die Verhaftlichkeit des Verkäufers dann wegfällt, wenn der Käufer wissentlich eine fehlerhafte Sache kauft, und hat jedenfalls den Zweck, die weit ausgedehnten Verpflichtungen des Verkäufers auf eine sachgemäße Grenze zurückzuführen.

f. Für die Frist zur Ansuchung der bonorum possessio und für die Klagenverjährung in kürzeren Fristen, welche ein tempus utile umfassen, gilt der Grundsatz, daß ihr Lauf erst beginnt von dem Moment an, wo der Berechtigte den Tod des Erblassers und den Grund seiner Berufung erfahren, resp. der

---

1) l. 15 §. 1 D. 18, 1. l. 15 D. 18, 6.

2) l. 14 §. 10 D. 21, 1.

3) Bei der Eviktion c. 27 C. 8, 45, c. 7 C. 3, 38, bei dem Pacht l. 6 §. 4 D. 19, 1, l. 19 §. 1 D. 19, 2, bei der Theilung c. 7 C. 3, 38, bei der Pfandklage l. 16 §. 1 D. 13, 7 findet diese Bestimmung nicht Statt, es bewendet bei scire und ignorare als thatsächlichen Gegensätzen.

Kläger von der Rechtsverletzung Kenntniß erlangt hatte [1]). Irrthum und Nichtwissen hinsichtlich dieses Moments dürfen nicht unter den Gesichtspunkt grober Nachlässigkeit und völliger Sorglosigkeit fallen. Dies ist eine rein positive Vorschrift, wie bei der scientia des Käufers, da die scientia einen Bestandtheil der Rechtsregel bildet. Die Art der Zeitberechnung enthält eine Ausnahme von der Regel, welche durch die Kürze der Zeit gerechtfertigt erscheint, die aber auch durch Nachlässigkeit nicht mißbraucht werden soll [2]).

g. Für die Usukapion einer Sache wird utilitatis causa auch ein Titel zugelassen, welcher in Wahrheit nicht besteht oder nicht giltig ist, aber von dem Besitzer für wahr und giltig gehalten wird [3]). Diese Bestimmung umfaßt eine ganz besondere Begünstigung der Usukapion, aus besonderen Rücksichten eingeführt, und deshalb wird auch ein justus, tolerabilis resp. probabilis error erfordert. Ausnahmsweise läßt das Recht hier dem in den Umständen gerechtfertigten (guten) Glauben an eine Thatsache einen der Wirkung der wahren Thatsache nahe kommenden Erfolg zukommen, wie dies zuweilen auch in anderen Verhältnissen geschieht, z. B. si jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se putavit, quum non in jure, sed in facto erravit, dicendum est, eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit; sufficit enim etc., und bei dem Mandatar, welcher den Tod des Mandanten nicht kennt und dem Mandat gemäß weiter handelt [4]).

---

1) Savigny S. 404 ff. Windscheid, Pand. §. 104.

2) l. 2 D. 38, 15. l. 55 D. 21, 1 (non id circa tamen dissolutam ignorationem emtoris excusari oportebit.). l 1. l. 3 §. 1. l. 6. l. 9 §. 2 D. 22, 6. Puchta, Institutionen, II. §. 200.

3) l. 44 §. 4 D. 41, 3, l. 11 D. 41, 4. l. 3. l. 5 §. 1 D. 41, 10. Vgl. cit. Archiv. Bd. 58 S. 305 ff.

4) Gajus III. §. 160. Voigt l. c. Bd. 54 S. 52. l. 1 §. 10 D. 43, 20.

h. Hieran reihen sich an die Fälle in l. 11 pr. D. 44, 2; l. 1 §. 5 D. 2, 13; l. 1 §. 17 D. 42, 6. l. 8 §. 2 D. 2, 8 u. dgl.

Nicht gleichgiltig und bedeutungslos darf uns wohl die Wahrnehmung sein, daß die römischen Juristen in Fällen der eben gedachten Kategorie des Irrthums niemals vergessen, die Entschuldbarkeit des Irrthums hervorzuheben, während bei dem Irrthum der andern Kategorie (§. 2, 7. A) sie lediglich von error (oder putans, falso existimans u. dgl.) ohne jeden Zusatz sprechen, namentlich im tit. D. de cond. indebiti.

§. 13.

V. Wenn in der Theorie die Frage ventilirt wird, ob der Irrthum entschuldbar sein müsse, und ob Rechtsirrthum zu berücksichtigen sei, so beruft man sich heutigen Tags auf die allgemeinen Regeln vom Irrthum, welche in tit. D. 22, 6 de juris et facti ignorantia enthalten sein sollen. Ich kann nicht umhin, dies für einen unheilvollen error in errore zu halten. Abgesehn davon, daß die Ueberschrift nicht auf error lautet, sondern auf ignorantia, wird Jedermann zugestehn müssen, daß der gedachte Titel die Lehre vom error nur sehr unvollständig behandelt. Er berührt nur den error bei der bonorum possessio, bei der usucapio und den Fall, daß Jemand aus Rechtsirrthum von der falcidischen Quart keinen Gebrauch gemacht hat; daran werden einige specielle Regeln angeschlossen[1]), und weiter einige aus dem Zusammenhange gerissene Regeln über faktischen und Rechtsirrthum und über die sogenannte Entschuldbarkeit des Irrthums angefügt. Dagegen wird nicht mit einer Sylbe gedacht des Irrthums, welchen Savigny

1) — quod minoribus 25 annis jus ignorare permissum est — impuberes sine tutore agentes nihil posse vel scire intelliguntur — plus est in re, quam in existimatione mentis.

stillschweigenden Bedingung, daß sie zu einem bestimmten genus gehöre. — Als Regel ist dieser Satz nicht zutreffend. Ob das Eine oder das Andere anzunehmen, ist eine quaestio facti; in der Regel kauft man nicht ein Gefäß überhaupt, sondern ein bestimmtes, entweder vom Käufer selbst beschautes, oder ihm von einem Andern beschriebenes Gefäß, also eine Species. Der Stoff und die Gattung kommt in der Vorstellung des Käufers nur als Motiv in Betracht. Doch kann es Fälle geben, wo der Wille auf den Stoff der species gerichtet ist, z. B. wenn ein Goldschmidt Goldsachen zum Einschmelzen kauft, oder Edelsteine, um Schmucksachen damit zu verzieren. — Sonst kommt gewöhnlich bei dem Kaufe von goldnen Geräthen, z. B. Ringen, Spangen u. dgl. nicht blos der Stoff, sondern auch die Façon, die Größe, die Arbeit u. dgl. in Betracht, so daß der Wille in der Regel als auf eine bestimmte Sache (species) gerichtet anzunehmen ist.

Nur wenn der Wille des Käufers ausdrücklich oder aus den Umständen des Falles sicher erkennbar auf eine Gattung von Sachen oder einen bestimmten Stoff überhaupt, oder auf die Gattung oder den Stoff einer species gerichtet ist, kann der Irrthum über Gattung oder Stoff Nichtigkeit der Willenserklärung bewirken. Dies gilt aber von unedlen Metallen so gut, wie von edlen; (a. M. Savigny S. 285). Ob Verschiedenheit der Gattung oder des Stoffs vorliegt, ist nöthigenfalls durch das Gutachten Sachverständiger in Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles festzustellen.

Savigny will (S. 297) die Aeußerungen der Juristen Marcellus und Labeo in l. 9 §. 2 und l. 45 D. 18, 1 als ältere, von den jüngeren Juristen verworfene Meinung auffas-

---

l. 3 §. 5. l. 7 §. 1. l. 9 §. 1 D. 33, 10. l. 1. l. 9. l. 11. l. 19 pr. §. 1—3 D. 34, 2. Dabei verstehn sie zuweilen unter aurum und argentum auch Gold- und Silbersachen als Gattung, nicht als species gedacht.

sen. Nach meiner Ansicht erscheint dies nicht nöthig, und in den Quellen findet sich kein Anhalt dafür. Marcellus stellt den Satz auf: der Kauf sei nicht ungiltig, quia in corpus consensum sit, etsi in materia sit erratum. Der Satz ist richtig und spricht die Regel aus. Ulpian widerlegt ihn auch nicht, sondern geht auf den Ausnahmefall ein, daß der Wille nicht auf eine species (corpus), sondern auf eine Gattung oder einen Stoff (substantia, materia) überhaupt gerichtet war. Wenn in l. 45 die Schlußworte dem Labeo wirklich zuzuschreiben sind, wie Savigny interpretirt (S. 296 nota h), so erhellt aus dem quem ad modum si vas aurichalcum pro auro vendidisset, daß hier nicht von einem Stoffkaufe (Gold als gewollt) die Rede sein kann, sondern daß das vas als Spezies gewollt war, und das aurum nur als Eigenschaft fungirt, denn das „quem ad modum“ muß auf die vestimenta interpola pro novis vendita, also auf eine Spezies, bei der sich der Käufer in der Eigenschaft geirrt hat, bezogen werden. Angemessener erscheint mir jedoch, die gedachten Schlußworte dem Julianus zuzuschreiben. Die l. 41 §. 1 (mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti), welche auch von Julianus stammt, spricht keine entgegengesetzte Meinung aus; sie enthält den Fall, wo der Stoff der species als gewollt sich darstellt, nicht die species. Daß die Kompilatoren in einer so praktischen Materie, wie der Kaufvertrag ist, ältere und verworfene Meinungen kopflos aufgenommen hätten, läßt sich ohne einen klaren und sicheren Anhalt nicht wohl annehmen.

Endlich möchte ich gegenüber Savigny (S. 298, 299) bezweifeln, daß der Irrthum über den Stoff oder die Gattung auf Seiten des Verkäufers die Willenserklärung nichtig mache, und daß dieser Satz, außer auf den Tauschvertrag, auch auf die Schenkung und andere Verträge Anwendung finden könne. Die mir gesteckten Grenzen erlauben

Daß nur von dieser scientia in tit. D. 22, 6 die Rede ist, läßt sich noch durch Folgendes beweisen. Voraus zu schicken ist die Definition des utile tempus für die bon. possessio, welche scientia neben potestas experiundi als Thatbestand der Regel setzt. Sie lautet in l. 2 D. 38, 15: utile tempus est bonorum possessionum admittendarum — sc. ut per singulos dies et scierit et poterit admittere. — Die l. 1 D. 22, 6 spricht nur von der bonor. possessio unter Erläuterung der ignorantia facti und ignor. juris. Daran schließt sich l. 2 an, welche diesen Unterschied zu motiviren sucht. l. 3 pr. — plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret, an de jure suo ignoret, bezieht sich offenbar auch auf die bon. possessio, wie die gesperrten Worte beweisen, wenn man dieses Fragment mit dem Inhalte der l. 1 vergleicht[1]). Deshalb kann §. 1 der l. 3, der von der ignorantia non deperditi et nimium securi hominis spricht, wohl kaum anders, als auf das scire und ignorare bezüglich der Frist zur Agnition der bon. poss. bezogen werden[2]). Paulus in l. 9 §. 1 redet vom dies aditionis, und darauf fährt er in §. 2 fort: facti ignorantia ita demum non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur. In §. 3 spricht er dann vom Rechtsirrthum; die Stelle ist aber unzweifelhaft aus der Lehre von der bon. possessio entlehnt[3]), und am Schlusse des Titels (l. 10: impuberes sine tutore agentes nihil posse vel scire intelliguntur) wird abermals von der bon. pos-

1) Z. B. „nesciat autem ei tempus praeteriisse bon. possessionis — quodsi nesciat, tabulas esse — und dann die Gegensätze mit dem Resultate: in jure errat.

2) Dafür spricht schon die Verbindung der Stellen. Von dem Putativtitel bei der Usukapion kann nicht die Rede sein, denn zu Sabinus Zeiten war er noch nicht anerkannt; l. 27 D. 41, 3.

3) Das ergiebt sich aus einer Vergleichung mit l. 10 D. 37, 1 und l. 2 §. 5 D. 38, 5.

sessio gehandelt, wie aus der oben angeführten l. 2 D. 38, 15 (et scierit et poterit) erhellt. Hiernach darf man wohl annehmen, daß Paulus in l. 9 §. 2 bei der scientia die bon. possessio im Auge hatte, wofür denn auch seine Frage spricht: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Es paßt auch der Ausdruck inquirere in beiden Stellen (l. 6 und l. 9 §. 3) nicht auf die übrigen den Irrthum rechtfertigenden Momente, von denen im nächsten §. die Rede ist.

Bei l. 5 und 6 erhellt aus der Ueberschrift (ad legem Juliam et Papiam), daß sie die scientia (dolus) bei Strafgesetzen betreffen, und höchst wahrscheinlich bezieht sich die l. 6 auf das Eheverbot zwischen dem Senator und einer Freigelassenen [1]). Obschon nun hier die Voraussetzung der Strafe das „sciens dolo malo“ war [2]), so wird doch ausnahmsweise einmal gefordert, daß der Irrthum über den Stand der Frau nicht auf Leichtsinn und völliger Sorglosigkeit beruhe. Die Stelle ist durch ein offenbares Versehn der Kompilatoren in den fraglichen Titel aufgenommen worden, und es erscheint unstatthaft, ihr eine allgemeine Geltung für die scientia bei dem Delikts-Dolus, oder überhaupt für die scientia, welche zum Thatbestand einer Rechtsregel gehört, einzuräumen. Sie kann nur mit den vorher besprochenen Stellen in Verbindung gebracht und von der scientia bei der bon. possessio verstanden werden.

§. 14.

Für meine Ansicht sprechen noch folgende Gründe. Das Erforderniß der Entschuldbarkeit (Rechtfertigung in den Umständen) wird für andere Fälle des error anders ausgedrückt, und nach der Eigenheit des Falles geformelt, z. B. justus error,

---

1) Vgl. Savigny S. 395. Heineccius ad leg. Jul. p. 442. Glück, Pand. XXII. S. 306.

2) l. 44 pr. D. 23, 2.

justa et magna causae ignorantiae interveniente, justissima ignorantia causae, tolerabilis error[1]).

Weiter läßt sich auch die Ansicht, daß in jenen Stellen allgemeine Vorschriften enthalten seien, mit l. 25 pr. §. 1 D. 22, 3 nicht vereinigen, da hier der Irrthum eines simplicitate gaudens et desidiae deditus für glaubhaft, der Irrthum eines homo diligens für unglaubhaft erklärt wird. Es ist kein Grund abzusehn, daß für die condictio hier etwas Besonderes habe geordnet werden sollen. — Endlich giebt es noch andere Rechtfertigungsmomente für den Irrthum, nämlich die allgemeine Meinung (qui publice plerisque paterfamilias videbatur — quum omnium consensu liberorum loco fuit), das allgemein verbreitete Gerücht[2]) und sodann die Schwierigkeit[3]), die Existenz oder die Beschaffenheit einer Sache zu erfahren, z. B. ein opus factum in loco, qui facile non adiretur, in sepulcro vel alio abdito loco[4]). — Bei diesen drei Momenten kann die supina oder crassa negligentia nicht als Maßstab angelegt werden, noch paßt auf sie der Gegensatz, nec scrupulosa inquisitio (delatoria curiositas) exigitur, noch die scientia ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere potest. Denn der omnium con-

1) In diesen Ausdrücken darf man nicht eine Steigerung der Anforderung an die Entschuldbarkeit des Irrthums finden, wie Voigt l. c. S. 211 meint, sondern das Erforderniß, daß der Irrthum in den Umständen gerechtfertigt erscheinen muß, wird der Beschaffenheit des einzelnen Falles angepaßt.

2) l. 3 pr. l. 19 D. 14, 6. §. 7 J. 2, 10. c. 1 C. 6, 23. l. 2 pr. D. 38, 15: postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit — quia hic rumor postea perrepserat.

3) l. 6 D. 16, 1. l. 15 §. 5 D. 43, 24. l. 5 D, 18, 1: quia difficile dignosci postest liber homo a servo.

4) Zuweilen auch die ziemliche Unmöglichkeit, das Rechte zu wissen oder zu glauben, l. 11 §. 8, §. 10 D. 11, 1. Nicht entgegen steht §. 11 ib., welcher von der Wirkung der quasi ex contractu obligatio handelt.

sensus, das allgemein verbreitete Gerücht, und die Schwierigkeit, das Erforderliche zu erfahren, sollen das Unterlassen weiterer oder sorgfältiger Nachforschung an sich schon rechtfertigen. Daher kommt es, daß der Irrthum in Betreff eines factum alienum als entschuldbar angesehn wird, obschon häufig durch ein diligenter inquirere die rechte Kenntniß nicht schwer zu erlangen gewesen sein würde[1]). Auch diese Erwägungen führen dahin, die l. 3 §. 1 l. 6 l. 9 §. 2 D. 22, 6 auf die scientia zu beschränken, welche bei der bonor. possessio und der Klagenverjährung mit tempus utile den Beginn des Fristenlaufes bezeichnet[2]).

Hier handelt es sich um nicht wissen und nicht erwogen haben, was man hätte wissen und erwägen sollen und können. In anderen Fällen des Irrthums steht dagegen ein positives Glauben, ein für wahr und richtig halten, was nicht wahr oder richtig ist, in Frage. Dies kann bei den Restitutionsfällen (§. 12 a. b.) der Fall sein, trifft aber stets bei den Fällen c und g §. 12 zu. Insbesondere von dem Putativtitel der Usukapion wird gesagt, daß es lediglich auf den guten (in den Umständen gerechtfertigten) Glauben an den Titel ankomme[3]). Hier kann der Maßstab der negligentia und diligentia nicht angelegt werden; ein diligenter inquirere wäre

1) l. 5 D. 41, 10. l. 42 D. 50, 171. l. 19 D. 46, 2: quia in privatis contractibus et pactionibus non facile petitor scire potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est, aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur.

2) Und vermöge positiver Vorschrift bei der ignorantia des Käufers hinsichtlich der Mängel des Kaufobjekts.

3) l. 27 D. 41, 3: si modo emtum existimaverit, l. 44 §. 4 eod.: si rem emtam non levi praesumtione credat, l. 11 D. 41, 4: si servus persuaserit ei, se emisse, l. 3 D. 41, 10: ex causa, quam veram esse existimo, l. 5 §. 1 eod.: quum suum esse existimaret, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio.

in allen den angeführten Fällen sonst geboten gewesen, wird aber nicht erfordert, weil schon der unmittelbare Eindruck, welchen die Umstände des Falles auf uns machen, zur Erzeugung des guten Glaubens ausreichend ist.

Hat also der Irrthum in den Fällen des §. 12 die Bedeutung von nicht wissen, was man wissen sollte, so kommt in Frage, ob man es bei einiger Sorgfalt wissen konnte; begründet aber error den Glauben an die Wahrheit oder Richtigkeit einer Thatsache, so ist erforderlich, daß dieser Glaube ein guter, d. h. ein in den Umständen gerechtfertigter Glaube sei. Es ist Sache des Richters, über diese Momente zu befinden.

§. 15.

VI. Der Rechtsirrthum steht nicht, wie Savigny behauptet, mit dem faktischen Irrthum unter derselben Rechtsregel, sondern es gelten für ihn besondere Grundsätze. In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet, quum jus finitum et possit esse et debeat [1]). Dies wird sich näher aus dem Folgenden ergeben.

Jeder soll das Recht kennen; ohne diesen Satz gäbe es keine Rechtsordnung. In der Regel soll daher der Rechtsirrthum nicht berücksichtigt werden; regula est, sagt Paulus, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere [2]). — Ignorantia juris excusari facile non potest. — In lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri solet [3]).

1) l. 2 D. 22, 6. Vgl. darüber Arch. f. civ. Praxis B. 58 S. 224.

2) l. 9 pr. D. 22, 6 — minoribus 25 annis jus ignorare permissum est; argum. e contr.

3) c. 2. 3. 11 C. 1, 18. c. 12 eod. constitutiones principum nec ignorare nec dissimulare permittimus. Die Nachsicht, welche gegen Minderjährige, Soldaten u. s. w. geübt wird, liegt außer dem Kreise unseres Vorwurfs.

Es leidet aber diese Regel eine grundsätzliche Beschränkung insofern, als allenthalben, wo die scientia (richtiges Bewußtsein, Wissentlichkeit, Absichtlichkeit) als Bestandtheil der Rechtsregel erscheint und folglich die ignorantia die Anwendung dieser Regel ausschließt, z. B. bei dem dolus, der bona fides, der scientia als Voraussetzung stillschweigender Willenserklärung oder Genehmigung, bei der condictio indebiti, der Rechtsirrthum dieselbe Wirkung hat, wie der faktische Irrthum [1]). Nur die Unkenntniß des Strafgesetzes wird nicht nachgesehen, und bei der condictio indebiti schließt der Rechtsirrthum die Rückforderung aus, wenn das Haben und Behalten des Empfangenen in dem allgemeinen Rechtsbewußtsein (aequum et bonum) eine Billigung findet, oder wenn es sich um den verlorenen Gewinn aus einem beneficium handelt, (vgl. §. 9 oben).

Wir erkennen hier abermals, daß der titulus D. 22, 6 in der Hauptsache nur mit dem Irrthum sich beschäftigt, welcher eine Ausnahme von der Rechtsregel herbeiführen soll, (sogen. ächter Irrthum).

Die l. 9 §. 3 D. 22, 6 behandelt ursprünglich [2]), wie sich aus einer Vergleichung mit l. 10 D. 37, 1 und l. 2 §. 5 D. 38, 5 ergiebt, nur den Irrthum bei Gelegenheit der bonorum possessio. Es wird hier eine scientia erfordert, nicht wie sie Juristen von Beruf inne wohnt, sondern eine solche Rechtskenntniß, welche man selbst besitzt oder durch Befragung besser unterrichteter Personen (prudentiores) erlangen kann. Labeo behauptet zwar, der Rechtsirrthum schade nur Dem, welchem es leicht gewesen sei, das Rechte zu wissen und zu erfahren; allein Paulus fügt hinzu: quod raro (in seltenen Fällen) accipiendum [3]).

1) Vangerow, Pand. §. 83 Anm. IV. 3.
2) Vgl. Arch. f. civ. Prax. Bd. 56 S. 391 ff. u. §. 13 oben.
3) Savigny, S. 334. 335 not. k.

Bei der bon. possessio läßt sich ein vernünftiger Grund denken, weshalb man dem Rechtsirrthum einige Nachsicht zu Theil werden ließ. Die scientia bezieht sich dabei vorzugsweise auf Rechtssätze (cfr. l. 1 D. h. t.), und es handelt sich um einen Erwerb, welcher nicht auf Kosten des wohlerworbenen Vermögens eines Anderen gemacht werden soll [1]). — Auf die Klagenverjährung kann diese Begünstigung nicht Anwendung leiden; nulla scientia vel ignorantia exspectanda — etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit [2]). Auch für die Usukapion kann ein entschuldbarer Rechtsirrthum nicht zugelassen werden, ich meine hinsichtlich des Titels. Denn dann würde der Erwerb einer fremden Sache durch Zeitablauf nicht auf Grund eines Rechtssatzes vor sich gehn, sondern auf Grund einer subjektiven und noch dazu unrichtigen Rechtsmeinung. Es läge darin geradezu eine Begünstigung der Rechtsunkenntniß auf Kosten des wahren Eigenthümers. Man denke nur an den Fall in l. 2 §. 15 D. 41, 4: quodsi scias, pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare. Soll hier ein entschuldbarer Rechtsirrthum zur Usukapion der vom Pupillen gekauften Sache verhelfen? Paulus sagt l. 31 pr. D. 41, 3: nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest. — Aber auch vor Schaden kann der entschuldbare Rechtsirrthum nicht schützen, wenn ein wohlbegründeter Anspruch eines Andern gegenüber steht, z. B. wenn man aus Rechtsirrthum Selbsthilfe übt, und die Sache eines Andern beschädigt; er schützt ferner nicht, wenn der Satz: quod quis ex culpa sua damnum sentit etc. Platz greift, z. B. Si, quum ignoraret fidejussor inutiliter se obligatum,

1) Deshalb konnte Constantius bestimmen: sciat sibi non obesse, si per rusticitatem vel facti ignorantiam intra — tempus bon. possessionem minime petiisse noscatur. Vgl. Savigny S. 406 nota c.

2) c. 12 C. 7, 33. c. 3 C. 7, 39.

solverit, an mandati actionem habeat? Et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest, si vero jus, aliud dici debet[1]). Ob der Bürge in entschuldbarem Rechtsirrthum sich befand oder nicht, kann das Rechtsverhältniß zum Schuldner nicht berühren, insbesondere kann auf solchen Rechtsirrthum eine Regreßklage gegen den Schuldner nicht gegründet werden. Wenn Jemand aus Rechtsunkenntniß unterläßt, vom Nachbar die cautio damni infecti zu fordern, und der Schaden eintritt, ist eine Berufung auf error juris ohne Erfolg, l. 6 D. 39, 2.

Aus allen diesen Gründen bin ich der Ansicht, daß der Rechtsirrthum lediglich bei der bon. possessio in Rücksicht gezogen wurde, wenn er nicht leicht zu vermeiden war, daß er aber (— mit der oben erwähnten grundsätzlichen Einschränkung —) sonst nirgends Beachtung finden darf, er mag gerechtfertigt erscheinen oder nicht, so daß Paulus mit Recht sagt: regula est, juris ignorantiam cuique nocere. Dieses Verfahren einem dem Anscheine nach allgemein lautenden und als Regel aufgestellten Satze gegenüber — ich meine l. 9 §. 3 D. 22, 6 — rechtfertigt sich dadurch, daß wir gezwungen sind, fast alle dem Anscheine nach eine allgemeine Regel aussprechenden Stellen über den Irrthum mit Einschränkungen zu erklären. Dies gilt von den Sätzen nulla est errantis voluntas u. s. w., error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, — regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere; dies gilt von den ll. 7. 8 D. 22, 6, und nicht minder von einigen cc. des C. 1. 18.

§. 16.

VII. Ueber die l. 7 und 8 D. 22, 6 herrscht eine große

1) l. 29 §. 1 D. 17, 1.

Meinungsverschiedenheit von Alters her bis herein in unsere Zeit [1]). Sie lauten:

Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet, und

Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; juris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.

Diesen Fragmenten sind noch anzuschließen:

c. 11 C. 1, 18: quamvis in lucro nec feminis in jure errantibus subveniri soleat, und

c. 13 C. eod.: statuimus, si mulieres per ignorantiam juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.

Alle Versuche, diese Stellen auszulegen, welche in der Rechtswissenschaft zu Tage getreten, hier anzuführen und zu widerlegen, kann von diesem Aufsatze nicht gefordert werden. Von den betreffenden Schriftstellern haben die neueren die älteren widerlegt, aber an Stelle des Bestrittenen doch nichts Unbestrittnes gesetzt. Ich erinnere nur an Savigny's Ansicht, daß es am Gerathensten sei, ein Prinzip ganz aufzugeben, welches doch nur durch die willkürlichsten Deutungen (prodest — non nocet — non obest und über die Bedeutung von lucrum und damnum, resp. damnum amittendae rei suae) und Einschränkungen sein Schein-Dasein fristen könne. Die von Papinian gemachten Unterscheidungen seien nur beziehungsweise wahr, und bezögen sich wahrscheinlich nur auf den Irr-

---

1) Cujac. obs. V, 39. Opp. VII, 890. Donell. comm. I. 21 §§. 14—20; I. 22 §§. 1. 2. Mühlenbruch im Arch. f. civil. Prax. Bd. 2 S. 413—416. Savigny, Syst. III. S. 344—353. Vangerow, Pand. Bd. I. §. 83 Anm. 1. V.

thum der privilegirten Klassen, besonders der Frauen [1]). Zu dieser Ansicht gelangt Savigny auf dem Wege einer unpassenden Anwendung jener Sätze (z. B. S. 345, auf ganz irrelevanten Irrthum), theils aber in Folge einer captiösen Kritik der Ausdrücke lucrum und damnum (S. 348—350) [2]). Vangerow [3]) vertheidigt die Richtigkeit jener Sätze, allein der Sinn, welchen er hineinlegt, befriedigt nicht ganz. Zunächst fragt sich dabei, in welchen Fällen überhaupt eine Berücksichtigung des Irrthums zulässig ist [4]), und der Satz: die Berufung auf einen entschuldbaren Rechtsirrthum ist gänzlich ausgeschlossen, wenn man durch den Irrthum einen Vortheil erlangen will, und nur dann kann Rechtsirrthum Berücksichtigung finden, wenn ein dadurch erzeugter Nachtheil abgewendet werden soll, kann nicht als völlig zutreffend angesehen werden. Hiernach würde z. B. die Unkenntniß des Sc. Maced. dem Gläubiger, welcher einem filius fam. ein Darlehn gegeben hat, zu Gute kommen, denn er will einen Schaden abwenden. Ebenso würde der Bürge, welcher aus einer ungiltigen Bürgschaft zahlt, auf seinen Rechtsirrthum sich berufen und gegen den Schuldner mit der Mandatsklage auftreten können. Endlich muß ich, wie oben schon ausgeführt worden, bezweifeln, daß dem entschuldbaren Rechtsirrthum eine regelmäßige Wirksamkeit beigelegt werden darf.

§. 17.

In den fraglichen ll. 7 und 8 stehen sich als Gegensätze gegenüber compendium oder lucrum und damnum in der einen, acquirere velle und suum petere in der anderen Stelle. Da

---

1) System Bd. III. S. 344 ff.

2) Vgl. Archiv f. civ. Prax. Bd. 57 S. 236 ff.

3) Pand. §. 83 Anm. 1. V.

4) In Anm. 1. II sagt V. nur: besonders sind es folgende Fälle, in denen der Irrthum rechtliche Berücksichtigung finden muß.

beide von Papinian stammen, so darf man wohl damnum und suum petere einerseits, sowie lucrum und acquirere velle andererseits als Correlate behandeln. Diese Beziehung weist hin auf ein das ganze Recht durchziehendes Prinzip, ausgesprochen in dem Satze: hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento locupletiorem fieri [1]). Ueber dieses Prinzip habe ich schon oben gesprochen, und nehme darauf Bezug. Es setzt auf der einen Seite voraus ein damnum, eine Verminderung des vorhandenen Vermögens, auf der andern Seite ein lucrum, eine Vermehrung des Vermögens, worauf der Inhaber keinen Anspruch hat und für welche ein redlicher und rechtlicher Grund nicht geltend gemacht werden kann. Diese Bereicherung des Einen muß regelmäßig auf einem dolus des Empfängers oder auf einem Irrthum des Verlierenden beruhn; denn wäre sie wissentlich und absichtlich von diesem bewirkt, so würde eine Schenkung im weitern Sinne anzunehmen sein. Ob jedoch der Irrthum ein error facti oder ein Rechtsirrthum entschuldbar ist oder nicht, darauf kann hier nichts ankommen [2]). Daß dieser Vermögenswerth zurückgefordert werden kann, z. B. mit der actio doli, mit der hereditatis petitio, mit einer actio in factum (doli causa), mit der condictio indebiti oder sine causa, ist oben erörtert worden, und diese Rückforderung bezeichnet Papinian mit suum petere [3]). — Unter damnum ist also in l. 8 cit. eine Vermögensverminderung zu verstehn [4]), welche sich auf Seiten des Erwerbers als ein lucrum sine causa charakterisirt (quod alterius apud al-

---

1) l. 14 D. 12, 6. l. 206 D. 50, 17 (cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem).

2) Vgl. oben §§. 8. 9. und c. 4. C. 1, 18.

3) Vgl. Archiv f. civ. Prax. Bd. 57 S. 238. 239. Ich erinnere noch an suum consequi, percipere, recipere.

4) c. 13 C. 1, 18: damnum circa jus vel substantiam suam. Archiv cit. Bd. 56 S. 386 nota 40.

terum sine causa deprehenditur). Die von Papinian aufgestellte Regel bezieht sich mithin nicht auf die Fälle, wo auf Seiten des Bereicherten das Behalten des lucrum durch die Rechtsordnung gebilligt wird, z. B. wenn Jemand aus Unkenntniß des Sc. Macedon. einem filiusfamilias ein Darlehn gegeben hat, oder wenn dem damnum kein lucrum, sondern ein rechtlicher Anspruch gegenübersteht, wie in dem Falle der l. 29 §. 1 D. 9, 2 („si protectu meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses" sc. errore juris).

Die zweite Regel: juris ignorantia non prodest acquirere volentibus und juris autem error nec feminis in compendiis (in lucro) prodest, hat nach meiner Ansicht eine doppelte Bedeutung. Einmal weist sie auf den schon berührten Grundsatz hin, daß man Vermögen (Rechte, Forderungen, Sachen) nur den Rechten gemäß erwerben kann, nicht auf Grund einer subjektiven, irrigen Rechtsmeinung oder Rechtsauffassung, in soweit der Rechtsirrthum zum Rechtstitel werden würde [1]); zweitens deutet die Regel an, daß ein Gewinn, welchen man aus Rechtsunkenntniß oder Rechtsirrthum nicht gemacht hat, unwiederbringlich verloren ist. Unter lucrum oder commodum verstehen die römischen Juristen nicht nur den Erwerb durch Usukapion oder durch Erbschaft, Legat u. dgl., sondern auch die Rechtsbeneficien, welche nicht auf einem unbedingt ge- oder

1) acquirere und lucrum facere werden zuweilen synonym gebraucht, l. 71 §. 1 D. 47, 2. l. 1 §. 9 i. f. D. 29, 4. Sie bilden den Gegensatz zum amittere; aber l. 83 D. 50, 17: non videntur rem amittere, quibus propria non fuit. Daher wird das Nichtabziehn der Quart nicht als amittere angesehen. Ferner wird in l. 71 §. 1 D. 47, 2 die Usukapion als lucrum behandelt (im Gegensatz zu dem, qui damnum passurus est), in l. 1 §. 9 D. 29, 4 der Erwerb einer Erbschaft. Die Minderjährigen sollen restituirt werden, vel ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiserint. l. 44 D. 4, 4, cfr. mit l. 27, l. 29 D. 4, 6. Vgl. Archiv f. civ. Prax. Bd. 57 S. 241 ff.

verbietenden Gesetze beruhen, z. B. die bonorum possessio, das Sc. Macedonianum, die Falcidische Quart, die separatio hereditatis, das beneficium inventarii bei dem Erbschaftsantritt [1]). Von Denen, welche aus ignorantia juris von diesen Benefizien keinen Gebrauch machen, sagt l. 9 §. 5 D. 22, 6: nec stultis solet succurri, sed errantibus, d. h. nicht der Unwissenheit soll zu Hilfe gekommen werden, sondern nur dem (faktischen) Irrthum [2]).

Die von Papinian aufgestellte Regel würde demnach so aufzufassen sein: der Rechtsirrthum kann nicht dazu dienen, einen Erwerb oder Gewinn zu machen, auch kann man sich nicht auf Rechtsirrthum berufen, wenn man sich vermöge desselben einen Vortheil hat entgehn lassen. Der Rechtsirrthum schützt nur gegen einen Verlust an dem schon erworbenen Vermögen, sofern der Empfänger einen ungerechtfertigten Gewinn machen würde. Wenn nun von Paulus gesagt wird, rem amisisse videtur, qui adversus nullum ejus persequendae actionem habet [3]), bei dem Verlust durch Rechtsirrthum aber nicht blos die Condictionen, sondern auch andere Klagen gegeben sind, so erklärt sich vielleicht hieraus, warum Papinian in l. 8 cit. von damnis amittendae rei suae spricht [4]). Der Verlust ist zwar vorhanden, aber es giebt Rechtsmittel,

---

1) l. 5 §. 15 D. 24, 1. l. 90 D. 35, 2. l. 4 D. 36, 1. l. 5 D. 37, 4. l. 1 §. 10 D. 42, 6. c. 22 §. 14 C. 6, 30. Das Nichtabziehn der Quart wird weder als Schenkung, noch als Veräußerung angesehn, l. 5 §. 15 D. 24, 1. l. 19. 20 D. 42, 8. Quart, hereditas und Fideikommiß werden als emolumenta bezeichnet, l. 34 §. 4. l. 62 D. 31. l. 56 §. 5 D. 35, 2: Nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt (d. h. sine deductione).

2) Vgl. l. 20 D. 14, 6 (de Sc. Maced.): si paterfamilias factus per ignorantiam facti eam pecuniam expromisit, u. weiter §. 9 oben.

3) l. 14 §. 1 D. 50, 16.

4) Andere Deutungen von Donell und Höpfner siehe bei Savigny S. 349 nota g.

ihn auszugleichen; das giebt ein schwebendes, unvollendetes Verhältniß, welches in dem Gerundivum seinen Ausdruck findet.

§. 18.

VIII. Was den Irrthum bei letztwilligen Verfügungen anlangt, so ist es nicht meine Absicht, die ganze Lehre zu erschöpfen, sondern nur auf die Eigenthümlichkeiten, welche hier hervortreten, hinzuweisen.

Schon das Prinzip: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt (quia certam legem testamento dicere non possunt) [1]) weicht ab von den Grundsätzen, welche in dieser Hinsicht bei den Rechtsgeschäften inter vivos gelten.

Ferner kommt bei Erbeinsetzungen und Vermächtnissen der Beweggrund in der Regel nicht in Betracht, weil sie in sich selber schon einen Beweggrund haben. Dieser ist für die Erbeinsetzung die Ordnung der Nachfolge im Vermögen, bei den Vermächtnissen eine Liberalität (legatum est donatio quaedam a defuncto relicta) [2]). Die Ausnahmen, welche wegen Irrthums im Beweggrunde zugelassen werden, gründen sich auf die natürlichen Präsumtionen, daß der Erblasser zuerst seine Kinder oder nächsten Blutsverwandten zu Erben einsetzen, und eine derartige Einsetzung nicht ohne einen triftigen und wahren Grund abändern werde [3]). Bei den Vermächtnissen wird eine exceptio doli gegeben, wenn es feststeht, daß der Erblasser ohne seinen Irrthum anders würde verfügt haben. In diesem Falle handelt der Bedachte in sofern nicht ehrlich und

1) l. 14, 15 D. 28, 1.

2) §. 1 J. 2, 20. l. 1 D. 28, 1.

3) Darauf gründen sich die Bestimmungen in l. 28 D. 5, 2; l. 92 D. 28, 5; l. 46 pr. D. 49, 14; c. 4 C. 6, 24; c. 7 C. eod.; l. 14 §. 2; l. 15 D. 28, 2. l. 25 pr. eod. Savigny S. 378 ff. Voigt l. c. Bd. 54 S. 232 ff.

redlich, als er gegen den ihm bekannten Willen des Testators das Vermächtniß fordert [1]). In dem Wesen der letztwilligen Verfügung liegt ferner das Prinzip begründet, daß man den Willen des Erblassers so viel nur möglich aufrecht erhält [2]), wenn nur (bei einer irrthümlichen Erklärung) wahrscheinlich ist, wen oder was derselbe gewollt und gemeint hat, daß man aber auch den letzten Willen trotz der Erklärung auf Das beschränkt, was er wirklich gewollt hat oder wahrscheinlich nach Lage der Sache gewollt haben wird [3]). Aus diesem Prinzip ergeben sich folgende Regeln:

a. Wenn der Erblasser volens alium heredem scribere, alium scripserit, so ist die Einsetzung ungiltig (error in corpore) [4]).

b. Quoties non apparet, quis institutus sit, institutio non valet — nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona (unter Mehreren mit gleichen Namen) testator senserit [5]).

c. Wenn der Testator die eine Sache vermachen will,

---

1) l. 72 §. 6 D. 35, 1. l. 4 §. 10 D. 44, 4. l. 19 §. 1 D. 50, 17. Es ist also nicht der Irrthum des Erblassers, sondern das Verhalten des Legatars, auf welches die Anfechtung gegründet wird.

2) l. 12 D. 50, 17: in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. §. 11 J. 2, 20: valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

3) l. 188 D. 50, 17: ubi pugnantia inter se in testamento juberentur, neutrum ratum est. l. 73 §. 3 D. 50, 17: quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent. l. 25 §. 1 D. 32: quum in verbis nulla ambignitas est, non admitti debet voluntatis quaestio. l. 101 pr. D. 35, 1: in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oportet. l. 4 §. 10 D. 44, 4: sciendum est, si quis ex testamento contra (veram) voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere.

4) l. 9 pr. D. 28, 5. Voigt l. c. Bd. 54 S. 214 ff.

5) l. 62 D. 28, 5.

aber eine andere als vermacht erklärt, ist die Erklärung ungiltig [1]).

d. Wenn der testator in parte sich versehn hat, er wollte einen größeren Theil oder ein plus und schrieb oder lies schreiben einen kleineren Theil oder ein minus, so gilt der gewollte major pars und das plus. Im umgekehrten Falle gilt der kleinere Theil oder die geringere Summe [2]).

e. Das Legat der eignen Sache gilt, wenn sie der Erblasser auch für eine fremde oder eine dem Legatar gehörige hielt, plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione und quia exitum voluntas defuncti potest habere. Das Legat ist giltig, wenn irrthümlich eine Sache des Erben vermacht wird, es ist ungiltig, wenn der Erblasser im Irrthum eine fremde Sache, oder dem Gläubiger eine ihm verpfändete Sache vermacht, dagegen giltig, wenn er dies wissentlich gethan hat [3]).

Von Entschuldbarkeit des Irrthums und von dem in den Phrasen nocet, non nocet, prodest, non obest u. dgl. ausgedrückten Effekte des Irrthums kann hier selbstverständlich nicht die Rede sein, und der Wille, welcher hier in Frage kommt, kann nicht nach den Regeln, welche für den Willen bei Rechtsgeschäften unter Lebenden gelten, beurtheilt werden. Insbesondere muß ein error in substantia oder materia regelmäßig unberücksichtigt bleiben, z. B. wenn der Erblasser einen goldenen Ring vermacht, welchen er für einen silbernen hielt. Damit ist nicht zu verwechseln der ähnlich scheinende Fall, wenn er Goldsachen und Silbersachen hat, und Jemand die Silbersachen vermachen will, aus Versehen aber die Goldsachen setzt.

1) l. 9 §. 1 D. 28, 5.

2) l. 9 §. 2—4 cit.

3) Vgl. Archiv f. civ. Prax. Bd. 57 S. 209. §. 2—6, §. 9—11 J. 2, 20.

Weiter interessirt hier die Regel: ignorantia testantis inutilem institutionem non facit, der Testator kann ihm fremde und ganz unbekannte Personen, wenn sie nur existiren und hinreichend bezeichnet sind, zu Erben einsetzen, endlich der Satz: error jus facit, d. h. der Wille des Testators soll mächtiger sein, als die rechtlichen Interpretationsregeln. Ein silberner Armleuchter wird zum Hausrath gerechnet; wenn aber der Testator ihn unter den Silbersachen anführt, so soll er als Silberzeug angesehn werden [1]). Dagegen bleibt die irrthümliche Meinung des Erblassers unbeachtet, wenn er feststehende Begriffe und Bezeichnungen der Sachen unrichtig auffaßt, z. B. der Frau die ornamenta vermacht und glaubt, daß darunter auch vestis muliebris begriffen sei [2]). Und es wird in der letztzitirten Stelle hinzugefügt: nec errorem heredis jus mutasse, respondi.

§. 19.

IX. Was die Beweislast bei dem Irrthume anlangt, so hat bei demjenigen Irrthum, welcher eine Ausnahme von der Regel oder eine Modificirung derselben herbeiführen soll, Derjenige, welcher sich auf seinen Irrthum beruft, diesen sowohl, als die Rechtfertigung desselben in den Umständen (Entschuldbarkeit) nachzuweisen.

Nur der Verkäufer oder Verpachter hat darzuthun, daß der Käufer oder Pachter die Mängel des Vertragsobjekts gekannt hat resp. bei einiger Sorgfalt kennen mußte [3]).

Bezüglich des error sub A §. 3 ist zu bemerken, daß für

---

1) l. 3 §. 5 D. 33, 10. Vgl. Sintenis zu dieser Stelle im deutschen Corp. juris.

2) l. 8, l. 10 D. 33, 10; l. 37 D. 34, 2.

3) Als Einrede gegen die erhobene Klage, l. 19 pr. D. 22, 3.

die condictio indebiti eine Beweispräsumtion eingeführt ist[1]), und daß der dolus von Dem, der ihn behauptet, zu beweisen ist[2]); dies gilt auch für die bona fides bei der Usukapion ꝛc. [3]). — Wer sich auf die Nichtigkeit einer Willenserklärung oder auf dissensus beruft, muß den Irrthum resp. das Mißverständniß darthun; wer seine Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft anfechten will, hat seinen Irrthum oder Zweifel über die Delation u. s. w. zu beweisen. Bei dem Kaufe, Tausche und dem Pachtvertrag hat der Käufer resp. Pachter die scientia der Mängel auf Seiten des Gegentheils darzuthun, wenn er das Interesse vom Verkäufer oder Verpachter fordert[4]).

---

1) l. 25 pr. D. 22, 3. Vgl. aber §. 9 a. E.

2) l. 18 §. 1 D. 22, 3.

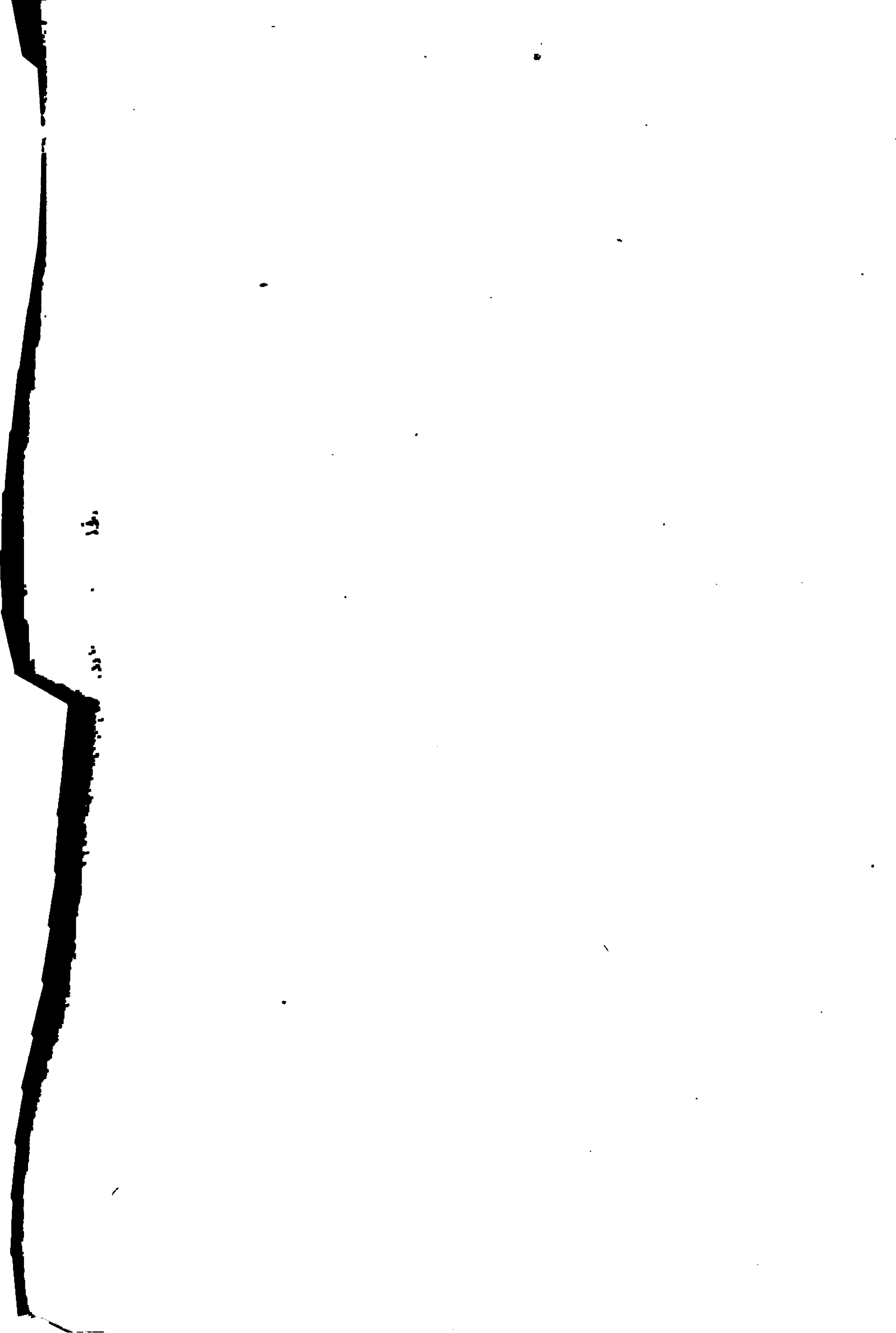
3) Praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur, c. 47 in VI. to. 5,12.

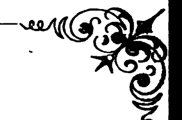
4) l. 2, l. 4 D. 22, 3.

Nachtrag.

Zu §. 8 vierte Note ist c. 4 (statt c. 2) C. 1, 18 zu lesen. Bei der hier erwähnten hered. petitio und den andern §. 8 gedachten Klagen wird die repetitio durch Rechtsirrthum nicht ausgeschlossen; warum soll die condict. indeb. ausgeschlossen werden, die ja auf demselben Rechtsprinzipe: neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem beruht?

Druck von Ed. Frommann in Jena.





Inhalt.

Druck von Ed. Frommann in Jena.




Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Ihering
Geh. Justizrath und Professor an der Universität in Göttingen.
und **Dr. Joseph Unger.**

In Verbindung

mit

Otto Bähr,
Obertribunalsrath in Berlin
und
Agathon Wunderlich,
Mitglied des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

XV. Band. 2. Heft.
Neue Folge III. Band. 2. Heft.

Jena,
Verlag von Hermann Dufft.
1876.

III.

Die sog. Transmissionsfälle im römischen Erbrechte

und

ihre Bedeutung für die Lehre vom Erbschaftserwerbe.

Von

Dr. jur. **Bernhard Göring** zu Münster i. W.

Uebersicht.

A. Einleitung.

Das Recht des in einem Testamente eingesetzten oder durch das Gesetz gerufenen Erben auf Erwerb der Erbschaft ist nach römischem Rechte bekanntlich ein höchst persönliches, welches auf Andere, namentlich auf den Erbeserben, nicht übergehen kann. Dem entsprechend erklärt auch Justinian in l. un. §. 5 C. de cad. toll. (6, 51):

hereditatem ...., nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur.

Die Ausnahmen von dieser Regel pflegen h. z. T. Transmissionsfälle genannt zu werden. Sie sind also die Ausnahmefälle, in denen nicht der zunächst gerufene Erbe, sondern ein Anderer die jenem bestimmte Erbschaft erwirbt. Manche Schriftsteller begreifen unter Transmissionsfälle nur die Fälle, in denen der Erbe des zunächst gerufenen Erben die Erbschaft erwerben kann. Ob die eine oder andere Begriffsbestimmung die richtigere ist, mag vorläufig dahin gestellt bleiben. Die vorliegende Abhandlung wird sich nur mit der Transmission der Erbschaft auf die Erbeserben beschäftigen, weil in ihnen sich die Idee der Vererblichkeit des Erbanfalles zeigt, deren Bedeutung für die allgemeine Theorie des Erbschaftserwerbes hauptsächlich nachgewiesen werden soll. — Bekannt ist, daß die römischen Rechtsquellen das Wort transmittere (sc. hereditatem) zwar auch in jenen Ausnahmefällen, aber nicht als technischen Ausdruck gebrauchen, indem die Römer das Wort u. A. auch für verschiedene Uebergangsarten eines Rechtes, namentlich für Vererben von Rechten, wie z. B. für Vererben einer erworbenen Erbschaft anwenden. Jener Begriff der Transmissionsfälle gehört also, wie deren ganze Theorie, der nachrömischen Rechtswissenschaft an. Ihre Lehre theilt daher das Schicksal anderer gemeinrechtlicher Rechtsinstitute, die in ähnlicher Lage sind, — nämlich daß sie Gegenstand

der heftigsten Streitfragen sind. Hieran ist denn die Lehre von den Transmissionsfällen so reich, daß eigentlich nichts, ja nicht einmal (wie schon angedeutet) ihr Begriff unbestritten ist. Die Literatur ist dem entsprechend auch ziemlich umfangreich. Ihre Vermehrung durch den vorliegenden Aufsatz war durch die Ansicht veranlaßt, daß manche Punkte von Seiten der herrschenden Lehre wohl noch keine genügende Beachtung gefunden haben. Jene bedarf m. E. z. B. bezüglich der Auffassung der transmissio ex capite infantiae (l. 18 C. de jur. del. (6, 30)) und transmissio querelae inofficiosi testamenti sogar einer gänzlichen Berichtigung. Vorzüglich aber soll nachgewiesen werden, daß den Transmissionsfällen eine sehr interessante rechtsgeschichtliche und, damit zusammenhängend, eine gewichtige rechtsdogmatische Bedeutung für die Theorie des Erbschaftserwerbes nach römischem, wie modernem Rechte innewohnt. — Damit in dieser Beziehung, wie überhaupt zur Feststellung der den Transmissionsfällen gemeinsamen Grundsätze bei der Bestrittenheit der Lehre eine feste Grundlage gewonnen werde, bedarf es zunächst einer Prüfung der in den Quellen sich findenden Fälle einer Erbschaftstransmission auf die Erbeserben. — Eine in kurzen Umrissen gehaltene Aufstellung und Begründung unserer Ansicht über Wesen und Natur der einzelnen Transmissionsfälle wird meist genügen. — Diese Beschränkung ist bei der reichhaltigen Literatur um so nöthiger, als eine Erörterung der zahllosen Streitfragen in vielen Fällen doch nur zur Vorbringung alter Gründe in neuen Worten, also zu einer ebenso unfruchtbaren, wie umfangreichen Polemik führen würde.

Da die Transmissionsfälle positive Ausnahmen von der Regel sind, — daß nichterworbene Erbschaften nicht auf den Erbeserben vererbt werden, — so wird sich unsere Prüfung namentlich darauf erstrecken, festzustellen, 1) warum in dem betreffenden Falle eine Transmission eingeführt worden; womit

sich der legislative Grund und Zweck derselben ergeben wird; 2) worin jene Ausnahme d. h. die Transmission materiell bestanden und 3) wie dieselbe praktisch verwirklicht, bezw. juristisch construirt sei. — Nachdem so das Wesen der einzelnen Transmissionsfälle festgestellt worden, sollen auf Grund der dabei gewonnenen Resultate, die jenen gemeinsamen Grundsätze, ihr Begriff, ihr Wesen und ihre historische Bedeutung, ihre Voraussetzungen und Wirkungen sowie endlich auch ihre Stellung in den modernen Gesetzbüchern erörtert werden.

B. Die einzelnen Fälle einer Transmission der Erbschaft auf die Erbeserben.

I. Die transmissio ex capite in integrum restitutionis.

1) Die ächte.

Alle älteren, schon zur Zeit des ordo judiciorum privatorum sich findenden Transmissionsfälle pflegen h. z. T. als transmissiones ex capite in integrum restitutionis von der herrschenden Lehre bezeichnet und als unter gleichen Grundsätzen stehend angesehen zu werden. In Wirklichkeit sind dieselben aber ganz verschiedener Natur; und es verdient nur eine Art jenen Namen. Diese mag daher die „ächte transmissio ex capite in integrum restitutionis“ genannt, während unter „unächten“ alle übrigen verstanden werden. Die Nothwendigkeit dieser Unterscheidung ergibt sich aus der Prüfung der Frage, wie überhaupt durch das Verfahren der in integrum restitutio eine Transmission erfolgen könne.

Zweierlei aber ist nöthig, damit Jemandem durch jenes Rechtsmittel geholfen werde:

1) eine der im Edikte als Restitutionsgrund anerkannten Thatsachen (justa causa), aus welcher als Ursache (arg. l. 11 §. 4 D. de minorib. [4, 4], l. 44 D. ex qu. c. maj. [4, 6]),

2) ein Nachtheil (laesio) als Wirkung hervorgeht, welcher auch in entgangenem Gewinne bestehen kann (l. 27 D. ex qu. c. maj. [4, 6]).

Denkbarer Weise kann dies Rechtsmittel entweder selbst erworben, oder als zu einer Erbschaft gehörig ererbt werden (l. 6 D. de i. i. r. [4, 1]). Will daher Jemand restituirt werden, so müssen entweder in seiner Person, oder in Person seines Erblassers beide Erforderniße zutreffen. Die erste Möglichkeit kann hier aber nicht in Betracht kommen. Denn mag man auch darin eine Läsion finden, daß der Erbe des Berufenen die diesem deferirte Erbschaft nicht bekommt, so kann doch die diesen Nachtheil veranlaßt habende Thatsache, nämlich Nichterwerb der Erbschaft durch den Delaten, mit error, metus, minor aetas etc. des Erben des Delaten nicht in dem erforderlichen Causalzusammenhange stehen. Demnach kann vermöge der in integrum restitutio Jemandem eine Erbschaft nur dann transmittirt werden, wenn er einen Anderen beerbt hat, welcher gegen den versäumten Erwerb schon selbst hätte restituirt werden können. Dies Ergebniß wird durch die Quellen, namentlich durch l. 1 C. de rest. milit. (2, 51) bestätigt. Der Ideengang der dort gegebenen kaiserlichen Entscheidung ist folgender: In Person des Valerianus liegt der Restitutionsgrund der absentia rei publicae causa vor; da er deren halber die Frist zur Agnition der B. P. versäumte, so ist er lädirt, indem nach Ablauf der ihm gewährten 100 Tage die B. P. vermöge des edictum successorium einem Anderen angeboten wurde; Valerianus hatte also bei seinen Lebzeiten schon das Recht der in integrum restitutio erworben; sie kann daher auch von seinen Erben geltend gemacht werden und zwar eben „ex persona

defuncti". — Aus gleichen Gründen ist in der sogleich zu besprechenden l. 86 D. de acqu. vel om. her. (29, 2) die Bemerkung Papinians hervorgegangen, daß in dem daselbst vorliegenden Falle „ex persona defuncti" keine Restitution „stricto jure" stattfinden könne. Denn Avitus war vor Ablauf der Agnitionsfrist verstorben; er war also bei seinen Lebzeiten noch nicht lädirt, hatte also das Recht der Restitution selbst noch nicht erworben und konnte es also auf seine Erben nicht vererben. (Vergl. S. 145.)

Was hat der Prätor dem Erbeserben restituirt? Jedenfalls dasselbe, was dem Erblasser Valerian restituirt worden wäre. Es ist schon angedeutet, daß nach Ablauf der dem Valerian gewährten Agnitionsfrist die B. P. einem Anderen ex edicto successorio angeboten wurde. Nicht Valerian, sondern letzterer war dann also Delat, nicht jener, sondern nur dieser hatte nun die Befugniß, die B. P. zu agnosciren. Darin also, daß Valerian nach Ablauf seiner Agnitionsfrist nicht mehr agnosciren konnte, sondern ein Anderer, und daß dieser vielleicht auch schon die B. P. erworben hatte, — besteht für jenen die Läsion. Die Aufhebung dieser Thatsachen im sog. judicium rescindens kann daher allein der Gegenstand der dem Valerian und daher auch seinen Erben gewährten in integrum restitutio gewesen sein. Der Prätor versetzte dieselben also eben dadurch in den alten Stand, daß er ihnen noch dann die Befugniß gab, die B. P. zu agnosciren. Letzteres lag übrigens offenbar schon im Erbitten und Durchführen der in integrum restitutio. Sobald also diese gewährt war, hatte der Postulant (Valerian bezw. seine Erben) die fragliche Erbschaft erworben.

Es ist übrigens kein Zufall, daß in der l. 1 C. de rest. milit. (2, 51) gerade von der B. P. und nicht von der hereditas die Rede ist. Die Restitution dieser war im fraglichen Falle undenkbar. Der heres hat keine Antretungsfrist; er kann bis

zu seinem Tode antreten; folglich kann bis dahin die Delation der hereditas an einen Anderen noch nicht erfolgen. Daher kann der Erbe bei seinen Lebzeiten durch den Verlust der hereditas noch nicht lädirt sein. Derselbe ist also dann im gleichen Falle, wie derjenige, dem B. P. deferirt war, solche aber wegen seines innerhalb der Antretungsfrist erfolgten Todes nicht agnoscirt hat. Hieraus ergiebt sich, daß die vorliegende Restitution gegen den versäumten Erbantritt regelmäßig nur bei der B. P.[1]), nicht aber bei der hereditas denkbar ist, weil nur bei jener, nicht aber bei dieser eine gesetzliche Antretungsfrist besteht. Kommt eine solche ausnahmsweise, nämlich durch Bestimmung des Testators oder des Richters vor, — dann und auch nur dann ist Restitution gegen den versäumten Erbantritt auch bei der hereditas denkbar, indem mit Ablauf der Frist, der heres als ausschlagend gilt[2]), wie der die Agnitionsfrist versäumende bonorum possessor; wogegen sich dann der heres und seine Erben, wie dieser, restituiren lassen kann. (Vergl. l. 24 §. 2 D. de minorib. [4, 4]).

Der in l. 1 C. de rest. milit. (2, 51) vorgesehene Fall versäumter Antretung ist selbstredend nicht der einzige, in welchem eine Transmission der Erbschaft durch in integrum restitutio erfolgen kann. Der heres, oder bonorum possessor, welcher die Erbschaft ausgeschlagen, der necessarius heres,

1) Uebrigens ist bei der B. P. eine in integrum restitutio gegen die versäumte Agnition principiell auch nur dann denkbar, wenn der gerufene bonorum possessor sich berufen gewußt hat. Denn da die Agnitionsfrist als tempus utile ratione initii erst mit dem Sichberufenwissen des Erben beginnt, so ist derselbe, wenn er von dem Erbanfall bei Lebzeiten gar nichts erfahren, jedenfalls vor Ablauf der Agnitionsfrist verstorben; er ist also bei seinen Lebzeiten noch gar nicht lädirt gewesen, gerade so wie Avitus in dem später (S. 145) zu besprechenden Falle. Man beachte auch in l. 7 C. de jur. del. (6, 30) die Worte: prius .... quam cognosceret...

2) Was bekanntlich Justinian in l. 22 §. 14 C. de jur. del. (6, 30) bezüglich der richterlichen Fristbestimmung abändert. Vergl. auch S. 200.

welcher vom beneficium abstinendi Gebrauch gemacht hat, kann sich dagegen restituiren lassen und so noch zur Erbschaft gelangen; sie vererben also dies Recht auch auf ihre Erben (l. 24 §. 2 D. de minorib. [4, 4]). — Hiernach ist als Princip aufzustellen, daß in allen Fällen, in denen Jemand vermöge des Rechtsmittels der in integrum restitutio eine Erbschaft noch erlangen kann, dies auch seine Erben können.

In allen Fällen ist nun die Transmission einer nicht deferirten Erbschaft zu behaupten; denn dem Transmittenten war ja die Erbschaft nicht mehr deferirt, als er starb. Nachdem für den Valerianus die Agnitionsfrist verstrichen war, wurde zur B. P. ein Anderer ex edicto successorio gerufen. Ebenso war dem Transmittenten in jenen Fällen, in denen er die Erbschaft ausgeschlagen hatte, ja nicht mehr deferirt, weil er eben schon ausgeschlagen hatte.

2) Die unächten transmissiones ex capite in integrum restitutionis.

a) Wegen Abwesenheit im Staatsdienste.

Die vorhin (S. 140) ausgeschiedenen Transmissionsfälle sind „unächte" transmissiones ex capite in integrum restitutionis genannt, weil sie nicht durch die in integrum restitutio vermittelt werden. Hierzu gehört an erster Stelle die in l. 86 D. de acqu. vel. om. her. (29, 2) sich findende Transmission, von der fast alle Schriftsteller freilich das Gegentheil annehmen. In diesem von Papinian mitgetheilten Falle war der zum Erben eingesetzte, im Staatsdienste abwesende Avitus „intra diem aditionis" d. i. agnitionis verstorben, ohne die von seinem procurator agnoscirte B. P. ratihabirt zu haben, welche also nicht erworben war. Der Jurist erklärt nun, „ex persona defuncti" gebühre den Erben des Avitus „stricto jure" keine

in integrum restitutio, weil er „intra diem aditionis" verstorben. Diese Bemerkung rechtfertigt sich offenbar damit, daß für den Avitus bei seinen Lebzeiten noch keine Läsion eingetreten war, welche, wenn Avitus nach Ablauf der Agnitionsfrist gestorben wäre, eben darin bestanden hätte, daß einem Anderen die B. P. angeboten und von diesem vielleicht auch schon erworben wäre, wie oben (S. 141) gezeigt ist. Papinian entscheidet dann aber weiter, es solle den Erben des Avitus doch geholfen werden, weil der Kaiser Pius in einem anderen Falle „sine respectu ejus distinctionis" restituirt habe. — Abgesehen von der Auslegung des letzten, den von Pius entschiedenen Fall enthaltenden Theiles jener l. 84, ist auch sehr bestritten, wie sich Papinians Entscheidung durch das von ihm citirte (übrigens unbestrittener Maaßen auch in l. 30 pr. D. eod. von Ulpian angeführte) Rescript des Pius rechtfertigen lasse. M. E. sind die gegen die Zulässigkeit der Papinianischen Entscheidung zuweilen erhobenen Bedenken [1]) ebenso unbegründet, wie die Meinung anderer Schriftsteller [2]), die Aehnlichkeit beider Fälle liege bloß in der absentia rei publicae causa. Denn man hat sich bei Erklärung des Papinianischen und des von Pius entschiedenen Falles meist darin geirrt, daß man die unrichtigen Glieder jener zwei Fälle einander gegenübergestellt hat. Betrachtet man zunächst den von Pius entschiedenen Fall, so wie ihn Papinian mittheilt, so ergiebt sich Folgendes: Delat der darin fraglichen B. P. ist ein Haussohn. Er erwirbt dieselbe aber nicht für sich, sondern seinem Vater. Dem entsprechend (vergl. S. 170, 171) bedarf er zum Antritt jeder Erbschaft der vorausgehenden oder nachfolgenden Genehmigung seines Haus-

1) Vergl. z. B. v. Vangerow. Civ. Arch. Bd. 24 S. 187 und die dort Citirten.

2) Z. B. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 163; Northoff, Zeitschr. für Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 22 S. 371.

vaters. Stirbt also der Sohn nach Antritt der Erbschaft, aber ohne die Genehmigung des Vaters erlangt zu haben, so ist nichts geschehen. Die Erbschaft ist rechtsungültig, d. h. gar nicht angetreten; ebenso wie wenn der Vater dem Sohne die Antretung zwar befohlen, dieser dieselbe aber unterlassen hätte. Setzt man nun jenen Tod des Sohnes in die Zeit nach Ablauf der Agnitionsfrist, so war er bei seinem Tode bereits lädirt, da die B. P. schon einem Anderen angeboten war. Der Haussohn war also dann in demselben Falle, wie Valerianus in l. 1 C. de rest. milit. (2, 51). Jener hatte daher bei seinem Tode bereits das Recht der in integrum restitutio erworben, jedoch wiederum nicht für sich, sondern für seinen Vater, welcher dieselbe nun ex persona filii defuncti geltend machen konnte. — Fällt dagegen der Tod des Sohnes in die Zeit vor Ablauf der Agnitionsfrist, so war er bei seinen Lebzeiten ebensowenig lädirt, wie Avitus. Denn einem Anderen war die B. P. noch nicht angeboten. Daher konnte der Vater nach des Sohnes Tode „ex persona defuncti" stricto jure sich ebensowenig restituiren lassen, wie die Erben des Avitus. Der Parallelismus beider Fälle ist hiermit schon angedeutet. Die einzelnen entsprechenden Glieder sind also folgende: Der Haussohn einerseits, Avitus anderseits ist zur B. P. gerufen. In beiden Fällen tritt nun der unglückliche Zufall ein, daß dieser Berufene zu früh und zwar vor Ablauf der Agnitionsfrist stirbt, und daß derjenige, dessen Erklärung zum Antritte nöthig (bez. mit nöthig) war (das ist: der Vater einerseits und Avitus anderseits) daran durch absentia rei publicae causa gehindert war, so daß die vorläufige von diesem nicht ratihabirte Agnition der B. P. (des Sohnes einerseits und des procurators des Avitus anderseits) nicht rechtswirksam werden konnte, und nichtig blieb. Hiermit ist nachgewiesen, daß das Endresultat, nämlich Verlust der Erbschaft „stricto jure", in beiden Fällen durch juristisch

und thatsächlich (zwar nicht identische, wohl aber) genau analoge Verhältnisse herbeigeführt ist. Ein Unterschied besteht nur insofern, als die Rollen an die auftretenden Personen verschieden vertheilt sind; d. h. die in dem einen Falle vorkommenden Personen üben nicht eben dieselben juristischen und thatsächlichen Funktionen aus, wie die betreffenden Personen in dem anderen Falle. Papinian war also zur Anwendung der Entscheidung des Pius auf die Erben des Avitus im vollen Maße berechtigt. — Uebrigens ist noch auf einen Unterschied aufmerksam zu machen, der zwischen l. 30 pr. und l. 86 pr. insofern besteht, als Ulpian dort berichtet, dem Haussohne sei hereditas deferirt, während Papinian hier bloß die B. P. erwähnt. Dieser Unterschied ist indeß nicht wesentlich. Oben (S. 143) ist bereits darauf hingewiesen, daß jeder vor dem Antritt sterbende heres genau in derselben Lage ist, wie der vor Ablauf der Agnitionsfrist versterbende bonorum possessor, welcher die Agnition versäumt hat. War also ein rechtsgültiger Antritt der dem Haussohn deferirten hereditas versäumt, so war, einerlei wann er starb, für den Vater die hereditas jedenfalls verloren; gerade so, wie den Erben des Valerianus nicht die hereditas, sondern nur die B. P. (und zwar auch dann bloß, wenn jener „post exactos dies, quibus B. P. defertur" starb,) restituirt werden konnte.

Es fragt sich nun aber, wie ist dem Vater von Pius, wie ist also den Erben in Papinians Entscheidung geholfen? Dieser Jurist spricht nun von einem „restitutionem habere"; Ulpian dagegen sagt: „subvenire ei oportere". Daß hiermit nicht nothwendig das Rechtsmittel der in integrum restitutio gemeint ist, ist unzweifelhaft, da beide Ausdrücke bekannter Maaßen in den Quellen auch für andere Arten prätorischer Hülfe gegen das jus strictum vorkommen. (Vergl. Brisson u. Dirksen sub h. v.) Eine restitutio in integrum ist aber auch ex persona defuncti filii bezw. Aviti absolut undenkbar

A. Einleitung.

Das Recht des in einem Testamente eingesetzten oder durch das Gesetz gerufenen Erben auf Erwerb der Erbschaft ist nach römischem Rechte bekanntlich ein höchst persönliches, welches auf Andere, namentlich auf den Erbeserben, nicht übergehen kann. Dem entsprechend erklärt auch Justinian in l. un. §. 5 C. de cad. toll. (6, 51):

hereditatem ...., nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur.

Die Ausnahmen von dieser Regel pflegen h. z. T. Transmissionsfälle genannt zu werden. Sie sind also die Ausnahmefälle, in denen nicht der zunächst gerufene Erbe, sondern ein Anderer die jenem bestimmte Erbschaft erwirbt. Manche Schriftsteller begreifen unter Transmissionsfälle nur die Fälle, in denen der Erbe des zunächst gerufenen Erben die Erbschaft erwerben kann. Ob die eine oder andere Begriffsbestimmung die richtigere ist, mag vorläufig dahin gestellt bleiben. Die vorliegende Abhandlung wird sich nur mit der Transmission der Erbschaft auf die Erbeserben beschäftigen, weil in ihnen sich die Idee der Vererblichkeit des Erbanfalles zeigt, deren Bedeutung für die allgemeine Theorie des Erbschaftserwerbes hauptsächlich nachgewiesen werden soll. — Bekannt ist, daß die römischen Rechtsquellen das Wort transmittere (sc. hereditatem) zwar auch in jenen Ausnahmefällen, aber nicht als technischen Ausdruck gebrauchen, indem die Römer das Wort u. A. auch für verschiedene Uebergangsarten eines Rechtes, namentlich für Vererben von Rechten, wie z. B. für Vererben einer erworbenen Erbschaft anwenden. Jener Begriff der Transmissionsfälle gehört also, wie deren ganze Theorie, der nachrömischen Rechtswissenschaft an. Ihre Lehre theilt daher das Schicksal anderer gemeinrechtlicher Rechtsinstitute, die in ähnlicher Lage sind, — nämlich daß sie Gegenstand

der heftigsten Streitfragen sind. Hieran ist denn die Lehre von den Transmissionsfällen so reich, daß eigentlich nichts, ja nicht einmal (wie schon angedeutet) ihr Begriff unbestritten ist. Die Literatur ist dem entsprechend auch ziemlich umfangreich. Ihre Vermehrung durch den vorliegenden Aufsatz war durch die Ansicht veranlaßt, daß manche Punkte von Seiten der herrschenden Lehre wohl noch keine genügende Beachtung gefunden haben. Jene bedarf m. E. z. B. bezüglich der Auffassung der transmissio ex capite infantiae (l. 18 C. de jur. del. (6, 30)) und transmissio querelae inofficiosi testamenti sogar einer gänzlichen Berichtigung. Vorzüglich aber soll nachgewiesen werden, daß den Transmissionsfällen eine sehr interessante rechtsgeschichtliche und, damit zusammenhängend, eine gewichtige rechtsdogmatische Bedeutung für die Theorie des Erbschaftserwerbes nach römischem, wie modernem Rechte innewohnt. — Damit in dieser Beziehung, wie überhaupt zur Feststellung der den Transmissionsfällen gemeinsamen Grundsätze bei der Bestrittenheit der Lehre eine feste Grundlage gewonnen werde, bedarf es zunächst einer Prüfung der in den Quellen sich findenden Fälle einer Erbschaftstransmission auf die Erbeserben. — Eine in kurzen Umrissen gehaltene Aufstellung und Begründung unserer Ansicht über Wesen und Natur der einzelnen Transmissionsfälle wird meist genügen. — Diese Beschränkung ist bei der reichhaltigen Literatur um so nöthiger, als eine Erörterung der zahllosen Streitfragen in vielen Fällen doch nur zur Vorbringung alter Gründe in neuen Worten, also zu einer ebenso unfruchtbaren, wie umfangreichen Polemik führen würde.

Da die Transmissionsfälle positive Ausnahmen von der Regel sind, — daß nichterworbene Erbschaften nicht auf den Erbeserben vererbt werden, — so wird sich unsere Prüfung namentlich darauf erstrecken, festzustellen, 1) warum in dem betreffenden Falle eine Transmission eingeführt worden; womit

sich der legislative Grund und Zweck derselben ergeben wird; 2) worin jene Ausnahme d. h. die Transmission materiell bestanden und 3) wie dieselbe praktisch verwirklicht, bezw. juristisch construirt sei. — Nachdem so das Wesen der einzelnen Transmissionsfälle festgestellt worden, sollen auf Grund der dabei gewonnenen Resultate, die jenen gemeinsamen Grundsätze, ihr Begriff, ihr Wesen und ihre historische Bedeutung, ihre Voraussetzungen und Wirkungen sowie endlich auch ihre Stellung in den modernen Gesetzbüchern erörtert werden.

B. Die einzelnen Fälle einer Transmission der Erbschaft auf die Erbeserben.

I. Die transmissio ex capite in integrum restitutionis.

1) Die ächte.

Alle älteren, schon zur Zeit des ordo judiciorum privatorum sich findenden Transmissionsfälle pflegen h. z. T. als transmissiones ex capite in integrum restitutionis von der herrschenden Lehre bezeichnet und als unter gleichen Grundsätzen stehend angesehen zu werden. In Wirklichkeit sind dieselben aber ganz verschiedener Natur; und es verdient nur eine Art jenen Namen. Diese mag daher die „ächte transmissio ex capite in integrum restitutionis“ genannt, während unter „unächten“ alle übrigen verstanden werden. Die Nothwendigkeit dieser Unterscheidung ergibt sich aus der Prüfung der Frage, wie überhaupt durch das Verfahren der in integrum restitutio eine Transmission erfolgen könne.

Zweierlei aber ist nöthig, damit Jemandem durch jenes Rechtsmittel geholfen werde:

1) eine der im Edikte als Restitutionsgrund anerkannten Thatsachen (justa causa), aus welcher als Ursache (arg. l. 11 §. 4 D. de minorib. [4, 4], l. 44 D. ex qu. c. maj. [4, 6]),

2) ein Nachtheil (laesio) als Wirkung hervorgeht, welcher auch in entgangenem Gewinne bestehen kann (l. 27 D. ex qu. c. maj. [4, 6]).

Denkbarer Weise kann dies Rechtsmittel entweder selbst erworben, oder als zu einer Erbschaft gehörig ererbt werden (l. 6 D. de i. i. r. [4, 1]). Will daher Jemand restituirt werden, so müssen entweder in seiner Person, oder in Person seines Erblassers beide Erfordernisse zutreffen. Die erste Möglichkeit kann hier aber nicht in Betracht kommen. Denn mag man auch darin eine Läsion finden, daß der Erbe des Berufenen die diesem deferirte Erbschaft nicht bekommt, so kann doch die diesen Nachtheil veranlaßt habende Thatsache, nämlich Nichterwerb der Erbschaft durch den Delaten, mit error, metus, minor aetas etc. des Erben des Delaten nicht in dem erforderlichen Causalzusammenhange stehen. Demnach kann vermöge der in integrum restitutio Jemandem eine Erbschaft nur dann transmittirt werden, wenn er einen Anderen beerbt hat, welcher gegen den versäumten Erwerb schon selbst hätte restituirt werden können. Dies Ergebniß wird durch die Quellen, namentlich durch l. 1 C. de rest. milit. (2, 51) bestätigt. Der Ideengang der dort gegebenen kaiserlichen Entscheidung ist folgender: In Person des Valerianus liegt der Restitutionsgrund der absentia rei publicae causa vor; da er deren halber die Frist zur Agnition der B. P. versäumte, so ist er lädirt, indem nach Ablauf der ihm gewährten 100 Tage die B. P. vermöge des edictum successorium einem Anderen angeboten wurde; Valerianus hatte also bei seinen Lebzeiten schon das Recht der in integrum restitutio erworben; sie kann daher auch von seinen Erben geltend gemacht werden und zwar eben „ex persona

„quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas.“

Stirbt also der Eingesetzte [1]) hier vor Entscheidung der Schwangerschaft, so ist die ihm zugedachte Erbschaft für ihn und seine Erben verloren. Daß diese Rechtskonsequenz an sich schon, namentlich aber dann höchst unbillig war, wenn der Eingesetzte unter allen Umständen, mochte die Wittwe schwanger sein oder nicht, als Erbe (also nicht bloß als Testaments-, sondern eventuell auch als Intestat-Erbe) gerufen war, wie z. B. die Kinder, liegt auf der Hand. Die letzteren hatten ja auch, wenn das Testament durch Agnasciren des Postumus Suus rumpirt wurde, eine B. P. contra tabulas commisso per alium edicto. Nach den oben citirten zwei Stellen ist den Kindern durch zweierlei geholfen:

1) Durch Gewährung einer vorläufigen B. P. decretalis an sie selbst, und zwar auf den Intestaterbtheil; „ut et si ante moriatur B. P.nis beneficium ad heredem transmittat“, indem ja der Intestaterbtheil nun schon erworben war. Diesem accrescirte dann, wenn kein Postumus agnascirte, der Rest des größeren testamentarischen Erbtheiles.

2) Hatte aber der scriptus heres jene B. P. decretalis noch nicht erlangt, so können dennoch seine Erben, je nachdem sich die Schwangerschaft entscheidet, eine B. P. decretalis secundum oder contra tabulas erhalten (Julian. l. 5 D. de B. P. c. tab. [37, 4]).

Hierin liegt nun gerade der Transmissionsfall. Die Erben des scriptus heres haben die B. P., obwohl der letztere sie

1) Falls er selbstredend nicht suus heres ist; da nämlich ein solcher ipso jure erwirbt, so gelangt die Erbschaft stets auch an seine Erben. Bis zur Entscheidung der Schwangerschaft ist also nur in der Schwebe, ob die Erbschaft ex testamento oder ab intestato erworben ist. (Vergl. l. 84, l. 30 §. 6 D. de acqu. vel. om. her. [29, 2], l. 16 D. de lib. et postum. [28, 2].)

noch nicht erlangt hatte. Es wird daher materiell Alles so gestaltet, als habe letzterer die B. P. schon erworben gehabt. Um daher das dem Transmissar gewährte Recht juristisch zu construiren, (was ja namentlich auch bei der Aufstellung der formula der Erbschaftsklagen praktisch in Betracht kam,) kann nur angenommen werden, daß fingirt sei, der Transmittent habe selbst schon die B. P. erworben gehabt [1]).

Daß hier nun die Transmission einer noch nicht deferirten Erbschaft vorliegt, ist aus den mitgetheilten Worten Papinians

quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas (l. 84 D. cit.)

direkt zu entnehmen.

Hier knüpft sich nun eine Frage an, die zwar in das Gebiet der Lehre von der Delation der Erbschaften führen wird, deren Beantwortung hier aber nöthig ist, weil davon abhängt, inwiefern überhaupt noch andere Transmissionen nicht deferirter Erbschaften anzunehmen sind; — es ist die Frage: Weshalb war die Erbschaft in jenem Falle noch nicht deferirt? Man wird antworten: Weil noch ungewiß war, ob das Testament rechtsbeständig war, ob also aus demselben überhaupt geerbt werden konnte. Diese Ungewißheit ist aber eine bloß subjektive; denn objektiv ist ja sicher, daß die Wittwe entweder schwanger oder nicht schwanger ist. Nur also die subjektive Ungewißheit schiebt die Delation aus jenem Testamente aus; wie ja anderseits gerade die subjektive Gewißheit, die Wittwe sei nicht schwanger, die Antretung, also auch die Delation aus dem Testamente ermöglicht [2]). Schiebt nun jene subjektive Ungewiß-

1) Vergl. hierüber auch Koeppen, Jahrb. Bd. 5, S. 165; und über die Gegner dieser Fiktion S. 181 dieses Aufsatzes.

2) Ganz besonders scharf findet sich dies in l. 30 §. 5 D. de acqu. vel om. her. (29, 2) ausgesprochen: Sed et si ipsa mulier heres instituta

heit die Delation nur in dem obigen Falle auf, wo ein Postumus vielleicht agnasciren wird, ist dies also ein singulärer Fall, — oder schiebt allgemein jede subjektive Ungewißheit über die Delation die Delation selbst aus? Letzteres ist bekanntlich von Northoff (Jahrb. Bd. 6 S. 185 ff.), der freilich keine Nachfolger hat, ausführlich vertheidigt. M. E. verdient seine Ansicht mehr Beachtung, als sie bisher gefunden. Will man nämlich die Worte des Terentius Clemens in l. 151 D. de V. S. (50, 16):

Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi,

welche charakteristisch gerade in den Titel „De verborum significatione", also gerade zum Zweck der Begriffserklärung des Ausdruckes „delata hereditas" aufgenommen sind, nicht als inhaltslose Phrase auffassen [1]), und will man mit ihnen ferner die Erklärung Ulpians in l. 21 §. 2 D. de acqu. vel om. her. (29, 2):

ita demum (nur dann!) pro herede gerendo acquiret hereditatem, si jam sit ei delata,

in Einklang bringen, — dann müssen offenbar „delata hereditas" (Delation) und „Adition" als correlative Begriffe in dem Sinne angesehen werden, daß Deferirtsein Aditionsmöglichkeit ist. In den Fällen, in denen nach den Quellen der Erbe zufolge der Principien der Acquisition die Erbschaft nicht antreten kann, ist also auch das Vorhandensein einer „delata hereditas" nicht anzunehmen. Das für die Adition der Erbschaft allgemein geltende Princip ist aber bekanntlich, daß der gerufene

sit, quae se praegnantem fingit, adeundo acquiret hereditatem; per contrarium non acquiret, si se putet praegnantem, quum non sit.

1) Wie z. B. offenbar v. Vangerow (Civ. Arch. Bd. 25, S. 448) thut, wenn er den Worten des Clemens den trivialen Sinn giebt, „daß durch die Delation der Berufene eine Anwartschaft auf die Erbschaft erhalte"!

Erbe wissen muß, daß und wie er gerufen (vergl. S. 150); folglich muß beides auch die „delata hereditas“ voraussetzen. Gerade aus diesem Grunde sagt daher Papinian: wenn der Eingesetzte nicht wisse, ob die Wittwe schwanger sei, (ob er also ex testamento gerufen sei), so sei ihm ex testamento nicht „deferirt“. Anderseits sagt der Jurist gerade, der Eingesetzte könne ex testamento antreten, wenn er die Nichtschwangerschaft kenne, denn (so ist zu subintelligiren,) dann sei ihm ja auch „deferirt“. Wenngleich eine weitere Erörterung der berührten Streitfrage zu weit führen würde, so mag doch noch Folgendes in Erwägung gezogen werden. Unzweifelhaft ist eine Gleichheit zwischen der Vertragsofferte und der Erbschaftsdelation insoweit anzunehmen, als beide ja angebotene Erwerbsmöglichkeiten sind. Begrifflich setzt nun jede „Offerte“ das Wissen des Oblaten voraus. Ohne dasselbe besteht keine Offerte im technischen Sinne. Der eine Offerte enthaltende Brief des A, den er noch auf seinem Schreibtische liegen hat, ist für B keine Offerte und ist es auch juristisch noch nicht. Erst wenn der Brief an B gelangt ist, wenn dieser das Anbieten des A in Erfahrung gebracht, erst dann liegt eine ächte Offerte im juristischen und technischen Sinne vor. Nur im uneigentlichen, vulgären Sinne wird A von dem auf seinem Schreibtische noch liegenden Briefe sagen: Ich habe so eben dem B 100 Centner Waizen zum Ankauf offerirt. Betrachtet man nun die Delation der Erbschaft als die von Rechts wegen erfolgende Offerte (das Angebot) einer Erbschaft, — was die Delation ja auch wirklich ist, — so leuchtet ein, daß das Wissen des Delaten zum Begriffe der „delata hereditas“ (Delation) im strengen, eigentlichen Sinne ebenso nothwendig gehören muß, wie das Wissen des Oblaten bei der Vertragsofferte. Gleich wie ein Rechtsgeschäft nicht zu Stande kommt, wenn der Wille des Offerenten und der des Acceptanten in dem Ge-

wollten nicht congruent sind, d. h. wenn der Oblat etwas Anderes will, als was ihm angeboten ist, — so kann der Antritt einer Erbschaft nur so weit zu Stande kommen, als der acceptirende Delat eben genau das will, was ihm angeboten ist. Dies kann er aber nur wollen, wenn er weiß, was ihm angeboten ist. Aus dieser Auffassung der Delation als angebotener Erwerbsmöglichkeit finden alle jene Fälle [1]), in denen der gerufene Erbe, weil er nicht weiß, daß und wie er gerufen, weder wirksam antreten, noch ausschlagen kann, ihre streng logische Erklärung. Denn wer nicht weiß, was und wie ihm offerirt ist, der kann begrifflich weder annehmen, noch ablehnen, weil eben eine Offerte für ihn noch gar nicht existirt. Ebenso kann in jenen Fällen der Erbe weder antreten noch ausschlagen, weil eine Delation d. h. ein Angebotensein der Erbschaft ohne Wissen des Erben gar nicht existirt. — Damit steht nun aber keineswegs im Widerspruch, daß die Römer auch im nicht strengen, nur uneigentlichen Sinne von deferre hereditatem sprechen, ohne Rücksicht, ob dem Erben seine Berufung zur Kenntniß gekommen. Wir selbst sprechen ja h. z. T. in einem ähnlichen, vulgären Sinne auch von einer Offerte und von Offeriren. In jenen obigen zwei Stellen haben aber Clemens und Ulpian offenbar den Ausdruck „delata hereditas" im strengen, eigentlichen Sinne gebraucht; und indem wir gerade das Wissensmoment, das Sichberufenwissen, in den Ausdruck delata hereditas hineinziehen, gewinnt die im Titel „De verborum significatione" stehende Begriffserklärung des Clemens die ihr zukommende vollgültige Bedeutung [2]). Der Satz „Delata hereditas intelligitur,

1) Vergl. deren Zusammenstellung bei v. Vangerow, Pandekten §. 498.

2) Daß die auf rein äußeren Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden singulären Antrittsverbote einiger Gesetze, wie das des S. C. Silanianum

quam quis adeundo possit consequi" ist logisch ebenso richtig und wahr, wie der entsprechende Satz, welcher sich für alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte aufstellen läßt: Offerirt ist etwas dann, wenn es durch Acceptation erworben werden kann! Schließlich möge nur noch Eines hier beachtet werden. Daß das tempus utile zur Agnition der B. P. (welches bekanntlich die einzige gesetzliche Frist zum Erbschaftsantritt im vorjustinianischen Rechte ist,) gerade auch utile ratione initii ist, beruht nicht auf bloßen Aequitätsgründen, sondern auf logischer Nothwendigkeit. Denn die Frist zur Agnition der B. P., die ja Acceptation der angebotenen Erbschaft ist, kann vernünftiger Weise ebenso wenig vor dem Wissen des Delaten beginnen, wie die für die Acceptation einer Offerte gesetzte Frist vor der Kenntniß des Oblaten.

Es besteht daher allerdings der von Northoff gemachte Unterschied zwischen objektiver Delation (worunter er die Thatsache des Berufenseins versteht,) und subjektiver Delation, welche im Sichberufenwissen besteht und daher vorliegt, wenn das Wissen des Gerufenen zur objektiven Delation hinzugekommen ist. So sehr es daher m. E. logisch richtiger ist, unter „Delation" eben diese „subjektive Delation" zu verstehen, und so nöthig die Erkenntniß jenes Unterschiedes für die richtige Auslegung der Quellen ist, in denen das Wort deferre sich (wie bemerkt,) in beiden Bedeutungen findet, — so unverfänglich ist es in der Praxis für den Erbschaftserwerb, daß die herrschende Lehre den Ausdruck „Delation" in dem nicht strengen Sinne als „objektive Delation" versteht. Denn zur Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft ist ja auch nach der herrschenden Lehre nöthig:

---

und der Julia et Papia, die Begriffserklärung des Clemens und das in ihr gegebene Princip nicht erschüttern können, kann nicht zweifelhaft sein, wie dies auch Northoff (Jahrb. Bd. 6, S. 193 ff.) treffend dargethan hat. —

1) das, was Northoff objektive Delation nennt; d. h. die Thatsache, daß Jemand in den Nachlaß eines Anderen durch dessen letzten Willen oder durch Gesetz als Erbe berufen ist, was im vorliegenden Aufsatze mit „Erbanfall" oder „Gerufenwerden" bezeichnet wird;

2) das Wissen des Gerufenen, daß und wie ihm die Erbschaft angeboten ist und

3) der Antritts- bezw. Ausschlagungswille.

Northoffs und unsere Ansicht kommt selbstredend zu demselben Resultate; wir ziehen nur das Wissen in den Delationsbegriff und fassen damit Nr. 2 mit Nr. 1 zusammen.

Indem demnach hier „delata hereditas" und Delation im strengen Sinne des Sichberufenwissens verstanden wird, ist in allen Fällen, in denen der gerufene, nicht wissende Erbe transmittirt, — die Transmission einer nicht deferirten Erbschaft anzunehmen. Hiermit endet die in das Gebiet der Lehre von der Delation unternommene Abschweifung, die sich selbstredend hier auf Andeutung nur einzelner, maaßgebender Gesichtspunkte beschränken mußte. Sie war aber nöthig, weil die Auffassung der Transmissionsfälle in der angedeuteten Beziehung von der Ansicht über die Delation abhängt.

Außer dem behandelten Falle finden sich nun noch drei weitere, in denen der gerufene Erbe, der sich nicht gerufen wußte und daher die Erbschaft nicht erwerben konnte, dieselbe doch auf seine Erben transmittirt. Es sind dies folgende Fälle:

II. Die Kinder wissen nicht, daß ihre Mutter sui juris verstorben, und daß sie von ihnen daher beerbt werden konnte, weil der paterfamilias der Mutter in Kriegsgefangenschaft gerathen war, und sein Tod noch nicht feststeht. Es war dann nämlich noch ungewiß, ob er ex lege Cornelia (falls er als Kriegsgefangener sterben,) juristisch schon vom Momente des Ge-

fangenwerdens an als todt gelten würde, — ob also die Mutter als sui juris und daher beerbbar verstorben ist, — oder ob der paterfamilias heimkehren und daher jure postliminii als nie gefangen gewesen gelten würde, — ob also der Nachlaß der Mutter ihm jure peculii mit deren Tode als Eigenthum zugefallen ist. Ulp. l. 1 §. 1 D. ad SC. Tert. (38, 17. Vgl. dazu l. 2 §. 3 D. unde legit. (38, 7).

III. Es weiß der gerufene Erbe (der Transmittent) nicht, daß der impubes, welcher Kind des Erblassers zu sein behauptet und die B. P. Carboniana erlangt hat, untergeschoben ist, daß also entweder das den Transmittenten einsetzende, den impubes aber präterirende Testament nicht rumpirt, sondern rechtsgültig ist, oder daß nicht der impubes, sondern, daß er selbst der rechte berufene Intestaterbe ist. — Ulp. l. 12 D. de Carb. ed. (37, 10). Vgl. dazu l. 42 §. 2 D. de bon. lib. (38, 2).

IV. Die im Testamente des Freigelassenen eingesetzte Tochter des Patronen weiß nicht, daß das Testament, aus dem sie die Erbschaft angetreten hatte, falsch ist, daß sie also nicht ex testamento, sondern (da sie ja auch ein Intestaterbrecht hat,) nur ab intestato gerufen ist. — Pap. l. 42 §. 3, Ulp. l. 6 §. 1 D. de bon. lib. (38, 2).

Hätte der betreffende Erbe in allen diesen Fällen über die ihm ungewisse Thatsache Gewißheit gehabt, dann wußte er eben auch, daß er gerufen und welches der Delationsgrund (Testament bezw. Gesetz) war; dann wäre ihm also „deferirt" gewesen; und dann hätte er zweifellos die Erbschaft wirksam antreten können. Vergl. besonders l. 30 §. 8 D. de acqu. vel om. her. (29, 2). Da aber die betreffende Thatsache dem Gerufenen ungewiß ist, so weiß er sich eben nicht berufen, ihm ist also nicht „deferirt", und er kann nicht antreten. Stirbt nun der Erbe während dieser Ungewißheit, so war stricto jure ihm

und seinen Erben die Erbschaft verloren. Deshalb mußte hier eine ausnahmsweise Hülfe ebenso billig erscheinen, wie in dem ersten oben erörterten Falle, in welchem ja ebenfalls das Sichberufenwissen und daher die Antretungsmöglichkeit durch die Ungewißheit über die Schwangerschaft gehindert war. Im Falle Nr. II ist nun, wie aus Ulpians Worten zu entnehmen, jedenfalls a) den Kindern selbst schon eine vorläufige B. P. decretalis gewährt [1]), ähnlich wie im obigen Fall Nr. I, und b) auch ihren Erben, falls die Kinder die Erbittung jener B. P. versäumt hatten, solches noch gestattet. In den Fällen Nr. III und IV ist dagegen von einer Gewährung einer vorläufigen B. P. an die Erben selbst nicht die Rede. Sie kann hier in der That auch gar nicht gedacht werden. Dagegen ist den Erbeserben geholfen worden, indem auch ihnen noch gestattet sein wird, eine B. P. decretalis der ihrem Erblasser bestimmten Erbschaft zu erbitten, wie im ersten Falle. Das dort Gesagte trifft also auch hier zu. Obwohl nun in den betreffenden Quellenstellen im Falle Nr. II nur Kinder, im Falle Nr. IV die Tochter eines Patronen als Transmittenten genannt sind, so wird doch mit der herrschenden Meinung anzunehmen sein, daß jene Transmissionen für alle anderen Arten von Erben stattfinden, zumal

1) Koeppen (Jahrb. Bd. 5, S. 166 u. 167) läugnet dies. Seine Berufung auf l. 2 §. 3 D. unde legit. (38, 7) und auf den ersten Satz der l. 1 §. 1 D. ad SC. Tert. (38, 17) ist wohl verfehlt. An beiden Stellen ist nur die Zulässigkeit einer B. P. ordinaria der Kinder verneint. Ulpians Gedankengang in letzterer Stelle ist offenbar: Da die Kinder, erst wenn certum esse coeperit matrem familias esse, nach strengem Recht zur Erbschaft gelangen können, deshalb ist eine außerordentliche prätorische Hülfe, nämlich eine außerordentliche B. P. (decretalis) nöthig, ne si medio decesserint nihil ad heredem transmittant. — Da übrigens selbstredend der Nachlaß der mater bis zur möglichen Rückkunft des paterfamilias nicht ohne Aufsicht und Verwaltung bleiben konnte, so war eine derartige vorläufige B. P. der präsumtiven Erben der mater praktisch jedenfalls auch zweckmäßiger, als eine Nachlaßcuratel.

dies im Falle Nr. III direkt anerkannt ist. Da gerade dem letzteren der Fall Nr. I genau analog ist, so wird man auch diese Transmission dann stets zulassen, wenn das Erbrecht Jemandes (des Transmittenten) nicht bloß der Berufungsart, (nämlich falls er sowohl ab intestato als ex testamento erben würde, wie die Kinder,) sondern wenn es selbst der Existenz nach unsicher ist, (falls nämlich durch das erwartete Kind sein Erbrecht ganz ausgeschlossen ist,) wie auch z. B. Koeppen (Jahrb. Bd. 5, S. 164, 165) gegen Mühlenbruch (bei Glück, Bd. 43, S. 178 u. 165) mit Recht annimmt. — Hiernach ergiebt sich also, daß derjenige, dessen Erbrecht (d. h. dessen Berufensein in den Nachlaß Jemandes,) sei es der Existenz, sei es nur der Berufungsart nach von dem ihm ungewiß bleibenden Umstande abhängt, entweder

1) ob die Wittwe des Erblassers schwanger ist, oder

2) ob letzterer sui juris gestorben, weil der Tod des paterfamilias desselben in der Kriegsgefangenschaft noch nicht feststeht, oder

3) ob ein Kind des Erblassers untergeschoben ist, oder

4) ob ein Testament ächt oder unächt ist, ob also letzter Wille oder Gesetz Berufungsgrund sind,

den Erbtheil, den er hätte erwerben können, wenn ihm über jenen Umstand bereits Gewißheit gewesen wäre, auf seine Erben transmittirt. Der die vorliegenden Transmissionsfälle treibende Gedanke, bezw. das Princip, welches sich aus ihnen abstrahiren läßt, besteht nun offenbar darin, daß derjenige, welchem eine Erbschaft angefallen, diese nicht verlieren soll, wenn er unverschuldeter Weise darüber im Ungewissen war. Koeppen (Jahrb. Bd. 5, S. 152) spricht daher hier auch von einer „Transmission aus dem Grunde des Zweifels". Richtiger wird der Ausdruck „Transmission aus dem Grunde des Nichtwissens" sein. Denn einerseits transmittirt der gerufene Erbe

auch dann, wenn er gar nichts weiß; wie die Tochter des Patronen, welche die Unächtheit des Testamentes gar nicht ahnt, oder wie derjenige, welcher über das Untergeschobensein des impubes nie etwas erfahren. Anderseits ist Zweifeln logisch ein Nichtwissen; denn wer zweifelt, weiß eben nicht. Daher erscheint jene Bezeichnung „Transmission aus dem Grunde des Nichtwissens“ als die richtigere. — Koeppens fernere Ansicht (a. a. O.), es sei dem Erben in allen Fällen eines Zweifels über ein ihm zustehendes Erbrecht geholfen, geht übrigens wohl zu weit. Sie würde consequent zur Annahme einer allgemeinen transmissio ex capite ignorantiae führen, was nach dem Stande der römischen Quellen schwerlich zu rechtfertigen ist. (Vergl. auch S. 143 Note 1 und S. 168.)

Nur um die in den vorliegenden Transmissionen sich abwickelnden Rechtsverhältnisse auch noch von einer andern Seite zu beleuchten, mag aus der Zahl der streitenden Meinungen noch zweier Ansichten Mühlenbruchs erwähnt werden. Aus dem dritten der hier betrachteten Transmissionsfälle zieht er (bei Glück, Bd. 43, S. 167) folgendes Princip:

> Wenn eine Erbschaft angetreten ist, ein Anderer aber die Rechtmäßigkeit dieser Antretung bestreitet und für sich selber das Erbrecht in Anspruch nimmt, so kann dieser vor ausgemachter Sache keine rechtlich wirksame Erwerbshandlung vornehmen; stirbt er aber vorher, so transmittirt er sein Recht auf seine Erben.

Im vierten, hierher gehörigen Transmissionsfall spricht jener Schriftsteller gar von einer „Suspension des testamentarischen Erbrechtes“ (a. a. O. S. 176). Beides ist ganz verwerflich. Wer weiß, daß und wie er gerufen ist, kann antreten, mag auch ein Anderer das Erbrecht schon für sich in Anspruch genommen haben. Es trifft jenen und seine Erben

nur der Beweis, daß die Erbschaft wirksam angetreten, d. h. daß die Qualität als Erbe erworben sei. Hierzu gehört aber

a) der Beweis, daß man derjenige sei, welcher durch rechtsgültigen, letzten Willen oder Gesetz in den Nachlaß des Erblassers gerufen ist, und daß man

b) dies wissend,

c) die Erbschaft angetreten habe.

Eines besonderen Beweises der Punkte b und c bedarf es aber jedenfalls nicht, wenn der gerufene Erbe selbst den Erbprozeß noch erlebt, indem dann das Erforderniß b sich durch den zu a gelieferten Beweis erledigt, und das Erforderniß c jedenfalls schon in der Anstellung der hereditatis petitio resp. in der Einlassung auf dieselbe, weil man ein besseres Erbrecht habe, liegt. Ist dagegen der Erbe vor dem Erbprozesse verstorben, so trifft der Beweis jedes einzelnen jener drei Punkte allerdings die Erbeserben. Dieser kann dann gerade für die Erfordernisse b und c sehr schwierig sein; so z. B. namentlich im dritten der obigen Transmissionsfälle. Hier ist der Beweis, daß der gerufene Erbe sich als solchen gewußt, daß er also das Untergeschobensein des impubes gewußt habe, faktisch wohl unmöglich. Abgesehen davon, daß der Erbprozeß möglicher Weise bis an vierzehn Jahre aufgeschoben wurde, — erwäge man nur, daß die B. P. Carboniana nur auf Grund sorgfältiger causae cognitio gewährt wurde, (l. 1 pr., l. 3 §. 4 D. de Carb. ed. (37, 10) und daß sich bei dieser der scriptus heres, bezw. der durch den impubes verdrängte Intestaterbe als Hauptbetheiligter unzweifelhaft stets gemeldet haben wird, um die zum Erweise der Unterschiebung des Kindes und daher zur Vereitelung der B. P. Carboniana dienenden Thatsachen dem Prätor anzugeben. Daher wird nicht nur nicht erweislich, sondern kann faktisch kaum denkbar sein, daß der rechte Erbe wirklich die Unterschiebung des impubes positiv gewußt, und daß letzterer doch die B. P.

Carboniana erlangt habe. Nur eben auf diese faktische (nicht aber auf die juristische) Unmöglichkeit beziehen sich die Worte Ulpians in l. 12 D. de Carb. ed. (37, 10):

Quid enim si non potuerunt adire hereditatem ....
D. h. die rechten Erben konnten die Erbschaft faktisch nicht antreten, weil sie, zumal in Anbetracht der vorgenommenen causa cognitio des Prätors, keinen Falls die Unächtheit des Kindes kannten. Daß sie juristisch, d. h. theoretisch wirksam antreten konnten, ist zweifellos. Mühlenbruchs offenbar durch die obigen Worte Papinians veranlaßte Ansicht, „vor ausgemachter Sache könne keine rechtlich wirksame Erwerbshandlung vorgenommen werden", ist daher falsch und unklar gedacht. — Der Erbe kann also antreten; ihn und seine Erben trifft bloß der Beweis, daß dies geschehen und zwar, daß es wirksam geschehen. Gelingt letzteren dieser Beweis, so deklarirt das Urtheil, daß B der rechte gerufene Erbe des A gewesen, daß er dessen Erbschaft richtig angetreten habe, daß er also Erbe des A geworden, daß endlich der Erbeserbe C jetzt Eigenthümer des Nachlasses des A sei. Mißlingt dem Erbeserben dagegen jener Beweis, — mag B auch wirklich der rechte Gerufene sein, mag er dies gewußt und angetreten haben, — so ist damit juristisch im Gegentheil doch festgestellt, daß B nicht Erbe des A geworden u. s. w., daß also auch C nicht den Nachlaß des A erworben habe. In allen diesen Fällen kann daher dem Erbeserben C nur durch Transmission geholfen werden. (Vergl. auch Northoff in der Zeitschr. für Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 21, S. 124 ff.) Dies Alles trifft übrigens für alle hier besprochenen Transmissionsfälle zu. Daher kann denn auch von einer Suspension des testamentarischen Erbrechts im vierten jener Fälle nicht die Rede sein. Mag das Testament ächt oder unächt sein, wenn nur der Richter dasselbe als für ächt erwiesen annimmt, dann deklarirt sein Urtheil den Testa-

mentserben als denjenigen, der von Anfang an rechter Erbe geworden ist, während das Urtheil das Gegentheil deklarirt, wenn die Aechtheit nicht erwiesen wird. Stirbt daher der eingesetzte Intestaterbe vor dem Urtheil, bevor er also Kenntniß erlangt hatte, daß er wirklich nicht ex testamento, sondern ab intestato gerufen war, dann kann der Intestaterbtheil nur durch Transmission an den Erbeserben gelangen.

Daß nun in den besprochenen Transmissionsfällen von einer in integrum restitutio nicht die Rede sein kann, ist selbstredend, und ist auch von Niemandem vertheidigt, der ausführlicher über diese Transmissionsfälle geschrieben. Um so mehr verdiente der namentlich in den Pandektenlehrbüchern festgehaltene Brauch, alle älteren Transmissionsfälle in den Topf der transmissio ex capite in integrum restitutionis zu werfen, endlich abgestellt zu werden.

c) Transmission wegen eines in Folge des S. C. Silanianum versäumten Erbschaftserwerbes.

Das S. C. Silanianum verbot aus criminalpolizeilichen Gründen dem Erben eines Ermordeten bei Strafe der Infamie, Indignität und Kaduzität des Erbtheils zu Gunsten des Fiskus, die Erbschaft eher anzutreten, bevor die Sklaven des Erblassers, welche mit ihm unter einem Dache gewesen, gefoltert waren. Verstarben die Erben also früher, so war nach strengem Rechte die Erbschaft für sie und ihre Erben verloren. Dies erschien unbillig und daher wurden die Erbschaftsklagen den Erbeserben als „utiles“ noch gewährt; d. h. die Erbeserben konnten die ihrem Erblasser angebotene Erbschaft noch geradeso erhalten, als habe letzterer dieselbe schon erworben. (Ulp. l. 3 §. 30, 32, Pap. l. 4 D. de S.C. Sil. [29, 5].) Interessant ist übrigens die Bemerkung Ulpians am citirten Orte, daß der Antritt der Erbschaft gerade aus Furcht vor den Strafen des

S. C. unterblieben sein müsse und daß, wenn außerdem noch ein anderes Hinderniß des Erbantrittes, wie z. B. Schwangerschaft der Wittwe vorhanden sei, die Transmission wegen des S. C. wegfalle. Diese für den flüchtigen Anblick vielleicht sonderbare Entscheidung giebt bei genauer Betrachtung wieder ein rühmliches Zeugniß von der Argumentationskunst der römischen Juristen; sie mag zugleich aber auch ein Beleg für die Richtigkeit der Ansichten sein, welche bei den vorhin behandelten Transmissionsfällen aufgestellt sind. War nämlich die Frau schwanger, oder wurde sie dafür gehalten, so war die beim heres bestehende Ungewißheit, ob er überhaupt gerufen, resp. ob er ex testamento oder ab intestato gerufen, das eigentliche Hinderniß der Antretung, nicht aber das S. C. Silanianum. Folglich konnte die des letzteren halber gegebene Transmission nicht stattfinden. (Vergl. S. 153 ff. und Northoff in der Zeitschr. für Civ. u. Proz. Bd. 22, S. 399 ff.)

Was die Zeit der Einführung der vorliegenden Transmission betrifft, so führen m. E. die Worte

„actiones ex constitutione"

in l. 4 cit. auf den rechten Weg. Die Worte „ex constitutione" sind weder, wie Cujas will, in „ex substitutione" zu emendiren, noch wie die Glosse meint „ex constitutione S. C. Silaniani" zu verstehen, zumal wenn letzteres im Sinne des Papinian gelegen, er jedenfalls „ex S. C." gesagt haben würde. Vielmehr dürften m. E. die Worte „ex constitutione" von der oratio Divi Marci zu verstehen sein, welche Justinian in l. 11 C. ad S. C. Sil. (6, 35) erwähnt, und welche, wie hier zu entnehmen, Hülfe gegen die durch den Verzug der Testamentseröffnung und des Antrittes der Erbschaft verursachten Rechtsnachtheile gewährt hat. Papinian und den Juristen seiner Zeit war jene oratio Marci gewiß als Novelle zum S. C. Silanianum bekannt genug. Er konnte daher von „der (bekannten)

Constitution" (sc. des Marcus), ohne mißverstanden zu werden, ebenso sprechen wie die Juristen, wenn sie über das S. C. Silanianum schrieben, dasselbe schlechthin das S. C. nannten. (Vergl. z. B. l. 3 §§. 2, 18, 22, 30, 32, l. 4, l. 6 §. 3, l. 9 D. h. t. 29, 5.)

3) Die heutige Lehre über die sog. transmissiones ex capite in integrum restitutionis.

Zum Schlusse der Erörterung der transmissiones ex capite in integrum restitutionis muß noch einer viel verbreiteten Lehre gedacht werden, welche wohl bei Windscheid (Pandekten §. 600, Nr. 3) ihren exorbitantesten Ausdruck gefunden. Dieser meint,

> „daß die Erben des Berufenen im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand das Recht zum Erwerb einer ihm angefallenen Erbschaft in allen Fällen erlangen können, in denen der Berufene an dem Erwerbe durch einen Grund gehindert worden ist, welcher nach dem Ermessen des Richters die Hülfe billig erscheinen läßt, mit Ausnahme des Falles des Irrthumes."

Daß aber zunächst in den obigen „unächten" Fällen keine in integrum restitutio stattfinden kann, ist in den früheren Ausführungen (S. 144 ff., 165) bereits nachgewiesen. Windscheids Vertheidigung jener Ansicht ist wohl nicht stichhaltig. Er bemerkt (a. a. O. Note 18), die Stellen, welche die Transmissionen wegen Unwissenheit des Gerufenen enthalten, sprächen zwar nicht von einer in integrum restitutio,

> „aber", so fährt er fort, „sie bezeichnen doch deutlich genug die zu gewährende Hülfe als eine außerordentliche, vorzugsweise als eine vom Prätor zu erlangende Hülfe."

Allein 1) ist doch nicht jede außerordentliche prätorische Hülfe eine in integrum restitutio, und 2) ist jedenfalls die der Toch-

weilen „transmissio ex jure patrio" genannt wird. Einzelne (z. B. auch noch Wieding in v. Holtzendorff's Rechtslexikon s. v. „Transmission") gestatten dieselbe nur dem Vater mit patria potestas. Bei denjenigen aber, welche diese Beschränkung nicht vom annehmen, vermißt man eine genügende Erklärung rechtsgeschichtlichen und legislativen Standpunkte, warum auch dem Vater ohne Gewalt dasselbe Recht gegeben, wie dem Vater mit Gewalt. In dieser Hinsicht ist die Bemerkung, diese Transmission hänge mit dem Rechte des Hausvaters zusammen, wonach alle Adventicien mit dem Tode des Sohnes ihm zugefallen seien, nicht genügend. „Bei dieser Argumentation", sagt Windscheid (Pand. §. 601 Nr. 3) richtig, „ist übersehen, daß nach §. 3 der citirten Stelle der Vater ohne Gewalt das gleiche Recht haben soll, wie der Vater mit Gewalt." Aber auch dieser Schriftsteller verzichtet auf eine genügende Erklärung. Vom rechtsgeschichtlichen Ausgangspunkte der fraglichen Constitution beginnend, soll nun nachgewiesen werden, daß bei Erlaß derselben genau dieselben legislativen Gründe für den Vater mit, wie ohne Gewalt vorlagen, und daß auch für diese Transmission der Gesichtspunkt der Vererbung [1]) maßgebend ist. —

Was nun zunächst die Verhältnisse des Haussohnes betrifft, so hat dieser bekanntlich nach altem Rechte keine selbstständige Vermögensrechtsfähigkeit. Er erwirbt Alles seinem Hausvater, dessen Vermögen er zwar vermehren, aber nicht belasten kann (l. 6 pr. D. de acq. vel om. her. [29, 2]). Daher gehört auch zum Antritt von Erbschaften, die dem Haussohn angefallen sind, nicht nur

1) der Erwerbswille des Sohnes (l. 65 pr. D. ad S. C. Tert. [36, 1], l. 4 C. de jur. del. [6, 30]), sondern auch

1) Was übrigens auch Northoff a. a. O. Bd. 22 S. 349 annimmt.

Schutz gegen thatsächliche Hindernisse in allen Fällen ebenfalls schon gewährt war. Das Gleiche gilt von den übrigen Transmissionsfällen. Statt des von Justinian noch im Jahre 534 n. Chr. als Princip aufgestellten Satzes: „hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur", würde also schon mehr als drei Jahrhunderte früher in der Praxis gerade das Gegentheil gegolten haben! Das ist in der That unmöglich. Wie wenig praktisch bedeutsam im Gegentheil die bisherigen Transmissionsfälle waren, geht wohl am Besten daraus hervor, daß Justinian als Ausnahmen von jenem Principe sogar nur die Theodosiana und Justiniana transmissio angiebt. (Vergl. l. un. §. 5 C. de cad. toll. [6, 51].) — Nach dem Stande der römischen Quellen erscheint daher jene ausgedehnte Anwendung der sog. transmissiones ex capite in integrum restitutionis ganz unbegründet. — Indeß soll den Schriftstellern und Gerichtshöfen, die jener Ansicht huldigen, kein Unrecht geschehen. Ihre Ansicht ist m. E. ein Beweis und ein Ausdruck der auch im heutigen gemeinen Civilrechte sich fortsetzenden Fortentwickelung jenes neuen Principes, welches, wie dargethan werden soll, zuerst durch die Transmissionsfälle in der historischen Gestalt der Ausnahme in das römische Recht eindringt und die Grundsätze über Delation und Acquisition der Erbschaften mehr und mehr verdrängt. — (Vergl. S. 200.)

II. Transmissio ex capite infantiae.

Die in l. 18 C. de jur. del. (6, 30) im Jahre 426 n. Chr. durch Theodos II. und Valentinian III. gegebene transmissio ex capite infantiae pflegt von der herrschenden Lehre nicht zu den Transmissionen an die Erbeserben gezählt zu werden, indem meist gelehrt wird, dieselbe stehe dem Vater in seiner Stellung als solchem („jure patrio") zu, weshalb sie auch bis-

Vater für sein Kind bei dessen Lebzeiten antreten konnte und 2) daß er dessen Successor nach dessen Tode ist, — so daß er die zu transmittirende Erbschaft (vermöge jener Fiktion, das Kind habe dieselbe schon erworben gehabt,) als schon im peculium des Kindes befindlich, miterwirbt. Hiermit ist nun die Erklärung der vorliegenden Transmission, wie sie schon Arndts u. A. geben, aufgestellt. Sie trifft aber, wie Windscheid richtig bemerkt, nur für den Vater mit Gewalt zu. Daher liegt der Schwerpunkt unserer Erörterung in dem ferneren Nachweise, daß beim Vater ohne Gewalt materiell genau dieselben Rechtsverhältnisse vorlagen, so daß die Kaiser, wenn sie jene Transmission dem Vater mit Gewalt gaben, dieselbe dem parens ohne Gewalt nicht versagen konnten.

1) Der infans steht vermöge des Quasipatronatsverhältnisses in der tutela legitima seines Ascendenten. Daß nämlich der paterfamilias zu Theodos II. Zeiten stets manumissor des Hauskindes gewesen, ist nicht zu bezweifeln, da schon Gajus dies als allgemeine Gewohnheit bezeichnet (Gaj. I, 132 u. Caj. epit. I, 6, §. 3).

2) Da nun nach Bestimmung der Kaiser auch der tutor für den infans sui juris Erbschaften antreten kann (l. 18 §. 2 cit.), so kann dies eben auch der parens (manumissor) als Vormund des infans.

3) Endlich ist jener aber auch gerade so, wie der Vater mit Gewalt, der einzige Successionsberechtigte seines Kindes. Denn da dieses weder liberi haben, noch ein Testament hinterlassen kann, so beerbt es jener als Quasipatron in der Classe „unde legitimi“.

4) Starb daher das Kind, bevor sein parens als Vormund die dem Kinde angefallene Erbschaft angetreten hatte, so erlitt er als nächster Intestaterbe des Kindes denselben Schaden, wie der Vater mit Gewalt im gleichen Falle.

Demnach liegen genau dieselben Verhältnisse beim Parens ohne Gewalt, wie beim Parens mit Gewalt, vor. Folglich konnte der Gesetzgeber das, was er dem einen gab, dem anderen nicht weigern. Das Transmissionsrecht ist nun auch in der That dem Parens ohne Gewalt im §. 3 der fraglichen Constitution gegeben:

„Ea vero, quae de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt et si quacunque causa sui juris idem infans inveniatur.“

Daß nun die vorliegende Transmission zu den Transmissionen an die Erbeserben zu rechnen, wird leicht einleuchten. Der Parens ohne Gewalt ist ja schon zu Theodos II. Zeiten Erbe des Infans. Der Hausvater erwirbt freilich den Nachlaß des Kindes „jure peculii“. Indeß ist ja auch dies eine Universalsuccession von Todes wegen. Die älteren Juristen nennen daher den Hausvater auch bereits einen „quasi heres“ des Hauskindes (cfr. Ulp. l. 3 §. 9 D. de minorib. [4, 4]). In der That ist auch jene Succession „jure peculii“ ein nur noch nicht zur vollen Reife gelangtes Intestaterbrecht des Vaters. Die Reife ist in Nov. 118 erreicht. Das in diesem Gesetze gegebene Intestaterbrecht des Vaters in der II. Klasse ist keine neue Schöpfung Justinians. Es ist vielmehr historisch aus der Verschmelzung des quasipatronatischen Erbrechtes des parens manumissor und des Successionsrechtes „jure peculii“ des Hausvaters hervorgegangen, wobei nur als Grund des Erbrechtes die Blutsverwandtschaft an die Stelle von Quasipatronat bezw. Hausgewalt gesetzt ist. — Zu den Fällen der Transmission einer Erbschaft auf die Erben des gerufenen Erben darf daher die transmissio ex capite infantiae mit Recht gezählt werden. Also weil der Parens einziger Erbe seines Infans, nicht weil er dessen Vater (Erzeuger) ist, haben die Kaiser dem Parens diese Transmission gegeben. Die hier verworfene Meinung ist

Vater für sein Kind bei dessen Lebzeiten antreten konnte und 2) daß er dessen Successor nach dessen Tode ist, — so daß er die zu transmittirende Erbschaft (vermöge jener Fiktion, das Kind habe dieselbe schon erworben gehabt,) als schon im peculium des Kindes befindlich, miterwirbt. Hiermit ist nun die Erklärung der vorliegenden Transmission, wie sie schon Arndts u. A. geben, aufgestellt. Sie trifft aber, wie Windscheid richtig bemerkt, nur für den Vater mit Gewalt zu. Daher liegt der Schwerpunkt unserer Erörterung in dem ferneren Nachweise, daß beim Vater ohne Gewalt materiell genau dieselben Rechtsverhältnisse vorlagen, so daß die Kaiser, wenn sie jene Transmission dem Vater mit Gewalt gaben, dieselbe dem parens ohne Gewalt nicht versagen konnten.

1) Der infans steht vermöge des Quasipatronatsverhältnisses in der tutela legitima seines Ascendenten. Daß nämlich der paterfamilias zu Theodos II. Zeiten stets manumissor des Hauskindes gewesen, ist nicht zu bezweifeln, da schon Gajus dies als allgemeine Gewohnheit bezeichnet (Gaj. I, 132 u. Caj. epit. I, 6, §. 3).

2) Da nun nach Bestimmung der Kaiser auch der tutor für den infans sui juris Erbschaften antreten kann (l. 18 §. 2 cit.), so kann dies eben auch der parens (manumissor) als Vormund des infans.

3) Endlich ist jener aber auch gerade so, wie der Vater mit Gewalt, der einzige Successionsberechtigte seines Kindes. Denn da dieses weder liberi haben, noch ein Testament hinterlassen kann, so beerbt es jener als Quasipatron in der Classe „unde legitimi".

4) Starb daher das Kind, bevor sein parens als Vormund die dem Kinde angefallene Erbschaft angetreten hatte, so erlitt er als nächster Intestaterbe des Kindes denselben Schaden, wie der Vater mit Gewalt im gleichen Falle.

Demnach liegen genau dieselben Verhältnisse beim Parens ohne Gewalt, wie beim Parens mit Gewalt, vor. Folglich konnte der Gesetzgeber das, was er dem einen gab, dem anderen nicht weigern. Das Transmissionsrecht ist nun auch in der That dem Parens ohne Gewalt im §. 3 der fraglichen Constitution gegeben:

„Ea vero, quae de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt et si quacunque causa sui juris idem infans inveniatur."

Daß nun die vorliegende Transmission zu den Transmissionen an die Erbeserben zu rechnen, wird leicht einleuchten. Der Parens ohne Gewalt ist ja schon zu Theodos II. Zeiten Erbe des Infans. Der Hausvater erwirbt freilich den Nachlaß des Kindes „jure peculii". Indeß ist ja auch dies eine Universalsuccession von Todes wegen. Die älteren Juristen nennen daher den Hausvater auch bereits einen „quasi heres" des Hauskindes (cfr. Ulp. l. 3 §. 9 D. de minorib. [4, 4]). In der That ist auch jene Succession „jure peculii" ein nur noch nicht zur vollen Reife gelangtes Intestaterbrecht des Vaters. Die Reife ist in Nov. 118 erreicht. Das in diesem Gesetze gegebene Intestaterbrecht des Vaters in der II. Klasse ist keine neue Schöpfung Justinians. Es ist vielmehr historisch aus der Verschmelzung des quasipatronatischen Erbrechtes des parens manumissor und des Successionsrechtes „jure peculii" des Hausvaters hervorgegangen, wobei nur als Grund des Erbrechtes die Blutsverwandtschaft an die Stelle von Quasipatronat bezw. Hausgewalt gesetzt ist. — Zu den Fällen der Transmission einer Erbschaft auf die Erben des gerufenen Erben darf daher die transmissio ex capite infantiae mit Recht gezählt werden. Also weil der Parens einziger Erbe seines Infans, nicht weil er dessen Vater (Erzeuger) ist, haben die Kaiser dem Parens diese Transmission gegeben. Die hier verworfene Meinung ist

offenbar durch die (bisweilen auch zur Benennung unserer Transmission dienenden) Worte „ex jure patrio“ in §. 1 der l. 18 C. cit. veranlaßt. Dieselben bezeichnen aber an ihrem Orte unzweifelhaft nichts anderes als „jure peculii“ oder „jure patriae potestatis“; denn in jenem §. 1 ist eben nur vom Vater mit Gewalt die Rede. Dem Parens ohne Gewalt ist erst im §. 3 dasselbe Recht gegeben, wie dem Vater mit Gewalt. Die hier entsprechenden, für den Parens ohne Gewalt zu subintelligirenden Worte würden also „jure hereditario“ . . . sein.

Das eigentliche Fundament der vorliegenden Transmission, nämlich die Beerbung des infans durch seinen Parens allein, besteht bekanntlich später nicht mehr. Nicht erst Nov. 118, sondern schon frühere Gesetze riefen außer dem Vater auch die Mutter und die Geschwister zur Intestaterbfolge. Nichts desto weniger ist die transmissio ex capite infantiae ungeändert stehen geblieben. Damit ist sie freilich zu einem eigenthümlichen Erb- und Transmissions-Rechte des Vaters geworden, dessen historische Erklärung in dem älteren alleinigen Erbrechte des Parens zu finden ist. Aus diesem Grunde, und weil ja auch diese Transmission vermöge der Fiktion construirt ist, der Infans (Transmittent) habe die Erbschaft schon erworben gehabt (vergl. S. 172), muß auch der Vater, wenn er die zu transmittirende Erbschaft haben will, die Erbschaft des infans antreten.

III. Transmissio Theodosiana.

Aus fiscalischen Gründen war dem in einem Testamente ex parte eingesetzten voluntarius heres durch die lex Julia de vicesima hereditatum verboten, vor der Testamentseröffnung anzutreten. Starb er also vorher, so war ihm und seinen Erben der ihm hinterlassene Erbtheil verloren. (Ulp. 17, 1.) Daß dies höchst unbillig namentlich dann war, wenn die Ein-

gesetzten des Erblassers Descendenten waren, liegt auf der Hand; indem so auch deren Kinder des Nachlasses des Großvaters u. s. w. verlustig wurden. Um diese Unbilligkeit abzustellen, gaben Theodos II. und Valentinian III. im Jahre 450 n. Chr. den Descendenten eingesetzter Descendenten ein Transmissionsrecht in l. un. C. de his qui ante apertas tab. (6, 52), indem sie bestimmen: Ist ein Descendent von seinem Ascendenten zum Erben eingesetzt, und stirbt jener nach dem Tode dieses, aber vor Eröffnung des Testamentes und bevor jener die Erbschaft antrat, so soll der ihm hinterlassene Erbtheil noch von seinen Descendenten angetreten werden dürfen, falls diese die Erbschaft des Transmittenten (des Vaters) nicht ausschlagen.

Auf eine Rechtfertigung dieser Auslegung verzichtend, weil dies nur zu einer Erörterung einer Legion von Streitfragen unter Vorführung alter, bereits oft pro und contra besprochener Gründe führen würde, — bedarf es für unsere Zwecke nur noch der Beantwortung der Frage nach der juristischen Construktion der vorliegenden Transmission. M. E. beruht dieselbe auch hier auf der Fiktion, der Transmittent habe die Erbschaft schon erworben gehabt; diese Fiktion [1]) findet sich im Gesetze direkt angedeutet, nämlich in den Worten:

> jubemus .... hereditariam portionem (sc. transmittendam) memoratas .... personas (sc. filii liberos, transmissarios) sibi tamquam debitam vindicare.

D. h. die Enkel C sollen die Erbschaft des Großvaters A so vindiciren dürfen, als gehöre sie ihnen. Dies konnte aber nach gewöhnlichem Laufe der Dinge nur geschehen, wenn der Transmittent B schon die Erbschaft des A erworben hatte, so daß

---

1) Die übrigens u. A. auch von Huschke in seiner Abhandlung über die tr. Theodosiana in der Zeitschr. für Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 9, S. 53 ff. und Wieding in v. Holtzendorff's Rechtslexikon Bd. II, S. 728 vertheidigt wird.

dieselbe sich mit dem Nachlaß des B an dessen Erben C weiter vererbte. — Dies also wird in den obigen Worten fingirt. Daher muß denn auch der Enkel (ganz folgerichtig) die ihm angebotene Erbschaft seines Vaters antreten, wenn er die zu transmittirende Erbschaft des Großvaters haben will (si tamen [sc. memoratae personae] hereditatem [sc. paternam] non recusant).

Mit Recht wird übrigens die Theodosiana zu den Transmissionen auf die Erbeserben gezählt; denn der Transmissar, welcher ja Descendent des Transmittenten sein muß, ist regelmäßig auch dessen Erbe. Nur ausnahmsweise kann der Transmissar nicht Erbe des Transmittenten werden, nämlich in den seltenen Fällen, in denen das Kind vom Vater im Testamente nicht bedacht ist und von seinem Notherbrechte wider das Testament nicht Gebrauch machen will. Hier vererbt sich freilich der zu transmittirende Nachlaß des Großvaters A (ohne den übrigen ex testamento sich vererbenden Nachlaß des Vaters B) allein auf die Intestaterben des B, nämlich die Enkel C. Die zu transmittirende Erbschaft des A erscheint also dann als ein besonderes, eigenthümliches Stück des Nachlasses des B, welches seine besondere Erbfolge hat; ähnlich wie bei der transmissio ex capite infantiae die dem infans deferirte, zu transmittirende Erbschaft, ein eigenthümliches Stück des Nachlasses des Kindes ist, in welches eine besondere Beerbung, nämlich noch die alte alleinige Beerbung durch den Vater mit Ausschluß der Geschwister und der Mutter stattfindet.

IV. Die Transmission Justinians.

Die historisch vorletzte, aber wichtigste Transmission ist die von Justinian in l. 19 C. de jur. del. (6, 30) im Jahre 529 eingeführte. Mit Recht sagt Windscheid (Pand. §. 600) von ihr: „Diese Ausnahme geht so weit, daß sie im Grunde eine

Aufhebung der bezeichneten Regel (nämlich, daß das Recht aus der Berufung, als höchstpersönliches, unvererblich ist) enthält, bloß mit Hinzufügung einer Zeitbeschränkung." Während nämlich früher nur zu Gunsten gewisser Verhältnisse und in wenigen speziellen Fällen die Transmission nicht erworbener Erbschaften gestattet war, — bestimmt Justinian unter Berufung auf die sui heredes, welche stets die ihnen angefallenen Erbschaften auf ihre posteritas transmittirten, Folgendes: Jeder Erbe kann die seinem Erblasser angefallene, von ihm aber noch nicht erworbene, aber auch noch nicht ausgeschlagene Erbschaft, noch erwerben. Dies muß indeß innerhalb der dem Erblasser gesetzten Deliberationsfrist, und zwar jedenfalls, wenn ihm auch keine Deliberationsfrist gegeben war, binnen eines Jahres geschehen; wobei diese Frist vom Tage beginnt, an welchem der Erbe (Transmittent) oder eventuell der Erbeserbe (Transmissar) den Anfall jener Erbschaft erfuhren. Eine ausführliche Rechtfertigung dieser schon vielfach, namentlich aber von v. Vangerow (Civ. Arch. Bd. 24, S. 153 ff.) vertheidigten Auffassung der Justinianischen Transmission muß aus gleichen Gründen hier unterbleiben, wie bei der Theodosischen. Nur der eine Punkt, in welchem die gegebene Erklärung der l. 19 C. cit. von den bisherigen Ansichten abweicht, bedarf besonderer Rechtfertigung.

Mit Recht behauptet v. Vangerow und mit ihm Windscheid (Pand. §. 600, Note 4) u. A., die Transmissionsfrist beginne erst mit dem Wissen des gerufenen Erben. Unrichtig ist es aber m. E., daß sie dieselbe, falls der Erbe unwissend gestorben, die Frist sofort mit dessen Tode anfangen lassen (v. Vangerow a. a. O. S. 192, Windscheid a. a. O. Note 5). Consequenter Weise muß nämlich dann die Frist erst mit dem Wissen des Transmissars beginnen. Eine Antretungsfrist für den Transmittenten, nach deren Ablauf er als

ausschlagend gilt, kann nur in Folge testamentarischer [1]) oder richterlicher Bestimmung bestehen, wenn ihm nämlich eine Deliberationsfrist gesetzt ist. Eine derartige gesetzliche Antretungsfrist besteht für ihn nicht und ist ja auch durch die l. 19 C. cit. nicht eingeführt. Denn auch nach Ablauf des dort bestimmten gesetzlichen annale tempus darf der gerufene Erbe selbst noch antreten; er kann nur sein Antretungsrecht dann nicht mehr auf seine Erben transmittiren. Demnach ist jenes annale tempus zwar nicht für den Erben B, wohl aber nach dessen Tode für den Erbeserben C eine ächte Antretungsfrist, indem letzterer nach deren Ablauf nicht mehr antreten kann. Nun kann aber doch die zur Acceptation eines angebotenen Erwerbes gegebene Frist logischer Weise nicht eher beginnen, als man acceptiren kann; d. h. nicht eher, als man die Erwerbsofferte erfahren hat. (Vergl. S. 157.) Wenn nun dieser logischen Anforderung entsprechend der Zeitraum, binnen welchem der Transmissar antreten kann, nach den direkten Worten des Gesetzes erst mit dem Wissen [2]) des Transmittenten (dessen personam heres [transmissarius] sustinet!) beginnt, — dann erfordert die weitere logische Consequenz, daß jene Antretungsfrist, wenn sie in Person des Transmittenten noch nicht begonnen (weil dieser unwissend gestorben), erst mit dem Wissen des Erben des Transmittenten (des Transmissars) beginnen kann. Dieses Resultat, welches dem Geiste des Justinianischen Gesetzes jeden-

---

1) Richtig unterscheidet m. E. v. Vangerow a. a. O. S. 195 eine doppelte testamentarische Deliberationsfrist: a) wenn die binnen der Frist abzugebende Erklärung des Eingesetzten Bedingung der Einsetzung ist und b) wenn sie das nicht ist. Selbstredend kann nur im letzteren Falle die Transmission des Antretungsrechtes auf den Erben stattfinden.

2) Die einjährige den liberis und parentibus zur Agnition der B. P. gegebene Frist, die ja auch utilis ratione initii war (vergl. S. 157), wird Vorbild des annale tempus in l. 19 C. cit. gewesen sein. Vergl. Wieding, Transmission Justinians. S. 68 ff.

falls mehr entspricht, als die gegentheilige Ansicht, stehen nun die Worte der lex keineswegs entgegen. Windscheid a. a. O. bemerkt freilich, vom Zeitpunkte des Todes des Transmittenten an müsse die Frist jedenfalls laufen nach der allgemeinen Bestimmung, mit welcher Justinian die von ihm gewährte Rechtswohlthat einführe: praedictum beneficium in suam successionem transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Allein in dem Satze, in welchem diese Worte stehen, hat Justinian, wie in der ganzen lex, zunächst den praktisch häufigsten Fall vor Augen, daß der Transmittent sich schon berufen gewußt hat. Dies geht aus der Bemerkung in jenem Satze, der Transmittent müsse noch „deliberirend“ sein, nämlich si ... non tamen (wenigstens noch nicht!) successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur.“ „Deliberiren“ kann aber nur der gerufene wissende Erbe. Eine unbefangene, dem Geiste des Justinianischen Gesetzes entsprechende Auslegung erfordert daher m. E. nothwendig, daß man die Transmissionsfrist, wenn der Erbe, ohne sich berufen gewußt zu haben, stirbt, erst vom Wissen des Erbeserben (des Transmissars) beginnen läßt, d. h. dann, wenn dieser C erfuhr, daß seinem Erblasser B der Nachlaß des A angefallen.

Aus der Unzahl der Streitfragen sei die Auffassung der Justinianischen Transmission seitens Wiedings[1]) noch erwähnt, weil sie für unsere Zwecke von besonderem Interesse ist (vergl. S. 198). Wieding glaubt:

Die Justinianische Transmission beruhete auf einer Ausdehnung der Transmission der sui auf extranei heredes. (Transm. Just. S. 63.)

---

1) Transmission Justinians, Leipzig 1859, und in v. Holtzendorffs Rechtslexikon, 2. Bd. II. Aufl. S. 720 ff.

Er erklärt daher an einem anderen Orte (v. Holtzendorffs Rechtsl. II. Aufl. 2. Bd. S. 721):

> Daher muß auch das Recht der Transmission der Sui für die Justinianische Transmission überhaupt maaßgebend erscheinen.

In nothwendiger Consequenz dieser seiner Ansichten behauptet er daher auch (im §. 18 der Tr. Just.), daß „die Faktoren", auf welchen die Transmission der Sui beruhte, nämlich „civiler Erwerb" (Erwerb ipso jure) und „Abstinenzmöglichkeit" auf alle Erben „übertragen" seien, wie er denn auch geradezu erklärt, „die Transmission der Sui sei in die transmissio Justiniana aufgegangen." Wenn dies Alles nun aber richtig ist, wenn also wirklich seit dem Jahre 529 jede Erbschaft ipso jure erworben wird, wenn dieselbe also nicht bloß als angefallene, sondern vielmehr als erworbene, von jedem Erben prinzipiell und stets auf die Erbeserben transmittirt wird (wie vom suus heres), — wie kann Justinian noch im Jahre 534 in l. un. §. 5 C. de cad. toll. (6, 51) als das Princip aufstellen: hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur! Wie konnte ferner Justinian in l. 22 §. 14 C. de jur. del. (6, 30) noch im Jahre 531 als etwas Neues und Besonderes festsetzen, daß der Erbe, welcher sich nach erfolgter richterlicher Antrittsfristbestimmung nicht erklärt, als „quasi heres" d. h. als antretend angesehen werden solle! Denn wie hätte es dieser Bestimmung bedurft, wenn jeder Gerufene seit 529 nicht bloß quasi heres, sondern wirklicher heres bereits ipso jure gewesen wäre und daher, wenn er sich über die Erbschaft gar nicht erklärt hätte, ohnehin als dieselbe haben wollend angesehen wäre, wie der suus heres. (Vergl. S. 200.) Liest man die citirten Gesetze Justinians und alle späteren, welche vom Erwerbe der Erbschaften sprechen, unbefangen durch, so ersieht man aus allen, daß

auch nach der l. 19 C. de jur. del. (6, 30) das alte Recht, wonach nur Sui, nicht aber andere Erben ipso jure den Nachlaß erwarben, fortwährend gegolten hat. Damit zerfällt Wiedings Ansicht.

Die juristische Construktion der Justinianischen Transmission kann nach römischer Anschauung, wie die der übrigen, nur vermöge der Fiktion erfolgen, daß der Transmittent schon die Erbschaft erworben gehabt habe, so daß dieselbe als Theil des Nachlasses des Transmittenten an den Erben, den Transmissar, kommt. Uebrigens erwirbt der Transmissar ja wirklich die Erbschaft ex jure des an den Transmittenten geschehenen Anfalles, und zwar mit der Wirkung, als habe dieser die Erbschaft selbst erworben gehabt.

Auch Wieding spricht hier von einer Fiktion. Er nennt a. a. O. die von ihm angenommene „Uebertragung" jener das Transmissionsrecht der Sui begründenden „Faktoren" auf die voluntarii heredes eine Fiktion, die der Kaiser stillschweigend vorgenommen. Damit gebraucht er aber das Wort Fiktion in einem ganz anderen Sinne, als im vorliegenden Aufsatze. Darauf aufmerksam zu machen, und zugleich damit das Mißverständniß aufzuklären, welches die auch von uns vertheidigte Fiktion bei deren Gegnern gefunden, — mag hier der Ort sein. Wieding versteht a. a. O. unter Fiktion die Gleichstellung der voluntarii heredes mit den sui, d. h. die materielle Uebertragung des Rechtes jener auf diese. Im vorliegenden Aufsatze wird dagegen unter Fiktion jenes rein technische Constructionsmittel verstanden, durch welches die Ausnahme so, als fiele sie unter die Regel, behandelt wurde. Diese hat Ihering[1]) treffend die „historische" Fiktion bezeichnet (vergl. S. 198), während er die Fiktion in jenem, auch von Wieding gemeinten

1) Geist des römischen Rechtes. 2. Aufl. §. 38. Th. III. S. 297 ff.

Sinne dahin charakterisirt, daß dieselbe „nur eine abgekürzte Form der Fassung anzuwendender Rechtsgrundsätze" sei, wie wenn z. B. das Gesetz bestimme, das arrogirte Kind solle in seinen Rechtsverhältnissen wie ein natürliches angesehen werden; diese Fiktion sei also nur eine „Verweisung" oder „Bezugnahme". — Auf einem Durcheinanderwerfen dieser m. E. mit Ihering wohl zu unterscheidenden Bedeutungen, in denen h. z. T. das Wort Fiktion oft gebraucht wird, beruht nun gerade die Gegnerschaft der meisten Schriftsteller, welche die Zulässigkeit der zur Construktion der Transmissionsfälle benutzten Fiktion verneinen. Zu diesen gehört z. B. Northoff (a. a. O. Bd. 21, S. 102) und Mühlenbruch (bei Glück Bd. 43, S. 236). Letzterer erklärt:

> „Giebt es Fälle, in welchen die transmittirte Erbschaft vermittelst einer Fiktion als schon erworben betrachtet wird? Wird die Frage bejaht, so muß consequenter Weise angenommen werden, daß der Transmissar in diesen Fällen nicht mehr die Wahl hat, ob er die transmittirte Erbschaft annehmen wolle, oder nicht, indem dieselbe alsdann ja als bereits zu dem Vermögen des Transmittenten gehörig zu betrachten wäre."

Mühlenbruch versteht hier offenbar das Wort in dem auch von Wieding a. a. O. gemeinten Sinne und gelangt damit zu einem Mißverständniß des wahren Sachverhaltes. Nimmt man nämlich Fiktion in unserm Sinne, so stellt sich die Sache ganz anders. Der Transmissar hat nach positivem, römischen Rechte immer die Wahl, ob er die zu transmittirende Erbschaft antreten, oder ausschlagen will; gerade so, wie sie der Berufene (Transmittent) gehabt hatte, bezw. gehabt haben würde. Wenn nun der Transmissar die zu transmittirende Erbschaft antritt, und nur dann, findet die Fiktion statt, der Transmittent habe die Erbschaft schon erworben gehabt. Durch die

Aufstellung dieser Fiktion war dann einerseits in materieller Hinsicht das Princip für die Wirkungen der Transmission gegeben, nämlich völlige Aufhebung aller Folgen der Versäumung des Erbschaftserwerbes seitens des Berufenen; während in formeller Hinsicht vermöge jener Fiktion am alten Rechte nichts geändert galt, so daß die Ausnahme, unter die Regel eingezwängt, in den Formen der Regel technisch behandelt und mit den Rechtsmitteln der Regel praktisch realisirt werden konnte. Nachdem also der Transmissar die zu transmittirende Erbschaft angetreten, dieselbe also selbst erworben hat, wird dies sein auf einem singulären Ausnahmegesetze beruhendes Recht an der Erbschaft technisch so behandelt, als sei dasselbe in den Formen der Regel, nämlich durch Vererbung der erworbenen Erbschaft seitens des Transmittenten, auf ihn gelangt. Dem entsprechend beruhen auch die Erbschaftsklagen des Transmissars auf dem fingirten Fundamente, daß der Transmittent B bereits „Erbe" des A geworden, daß also des B Erbe, der Transmissar C, den Nachlaß des A als Theil des Nachlasses des B miterworben habe. Lediglich dies rein technische Construktionsmittel wird unter der hier vertheidigten Fiktion verstanden. — Der an die obigen Worte sich anschließende Vorwurf Mühlenbruchs:

> „Dennoch gestehen die Vertheidiger eines fingirten Erbschaftserwerbes dem Transmissar die freie Wahl ausdrücklich zu",

ist also ebenso verfehlt, wie seine obige Ausführung. Die fernere Bemerkung:

> „wodurch ihre Behauptung alles praktische Interesse verliert",

ist insofern jedenfalls richtig, als für die Praxis jene Fiktion an und für sich irrelevant ist. Immerhin hat dieselbe aber ein sehr bedeutsames theoretisches Interesse; sie zeigt nament-

lich, wie die Transmissionsfälle von den Römern technisch behandelt sind, und wie sie sich an das alte strictum jus angelehnt haben. (Vergl. S. 198.)

V. Die sog. Transmission der querela inofficiosi testamenti.

Sobald Jemand gestorben ist, der ein testamentum inofficiosum hinterlassen hat, steht für den nichtbedachten Pflichttheilsberechtigten objektiv fest, daß er trotz des Testamentes ein Recht auf seine Intestatportion hat. Er kann aber dies sein Erbrecht, welches durch die querela inofficiosi testamenti geschützt ist, noch nicht ausüben. Denn da die Querel nur ein subsidiäres Rechtsmittel ist (§. 2 J. de inoff. test. [2, 18]), so muß der Nichtbedachte zunächst abwarten, ob vielleicht der Testamentserbe die Erbschaft ausschlage und so das Testament destitut werde, ob ihm also, ohne daß es der Querel bedürfte, nicht noch ganz regelmäßig ab intestato die Erbschaft werde deferirt werden. Erst wenn der scriptus heres nicht ausgeschlagen, sondern angetreten hat, „nascitur querela" (l. 8 §. 10 D. de inoff. test. [5, 2]). Der Pflichttheilsberechtigte hat also zwei Wege, die ihm zukommende Intestatportion zu bekommen:

1) wenn der scriptus heres ausschlägt, und das Testament destitut wird: durch Antritt der Erbschaft ab intestato,

2) subsidiarisch: wenn jener nicht ausschlägt, sondern antritt: durch die Querel.

Beide Möglichkeiten sind aber suspensiv bedingt durch die Thatsache des Antretens bezw. Ausschlagens des scriptus heres. Stirbt also der nichtbedachte Pflichttheilsberechtigte vor diesem Ereigniß, also z. B. vor dem Antritt des eingesetzten Erben, so war ihm und seinen Erben die Erbschaft verloren, da vor seinem Tode die querela noch nicht nata war und daher durch „praeparare" noch nicht hatte vererblich werden können (l. 6

§. 2, l. 7 D. h. t. 5, 2). Diese aus den für die Querel geltenden Grundsätzen sich ergebende Konsequenz erschien, (wie Justinian in l. 34 C. de inoff. test. [3, 28] im Jahre 530 n. Chr. mittheilt,) den Juristen seiner Zeit höchst unbillig für die Descendenten des Nichtbedachten, die ja selbst mit dem Testator nahe verwandt waren. Indem daher der Kaiser (den Fall, der Eingesetzte werde die Erbschaft antreten, im Auge habend) bemerkt:

Si ... deliberante ... scripto herede filius (sc. exheredatus) decesserit, nulla hereditatis petitione eo nomine de inofficioso constituta vel praeparata, omne adjutorium nepotem dereliquit.

bestimmt er:

Sed nos .... jubemus, in tali specie eadem jura nepoti dari, quae filius habebat, et si nec praeparatio facta est ad inofficiosi querelam instituendam.

In diesen Worten pflegt die herrschende Lehre die Gestattung einer Transmission der querela inofficiosi testamenti zu finden, bei welcher ausnahmsweise der Descendent des enterbten Descendenten die Querel habe, obwohl sie durch praeparatio noch nicht vererblich geworden. —

M. E. ist diese Lehre nicht richtig. Justinian hat, wie bemerkt, im Eingange seines Gesetzes nur den Fall vor Augen, daß der heres scriptus nach dem Tode des exheredatus filius antreten wird. Wie aber, wenn jener dann die Erbschaft ausschlägt, und das Testament destitut wird? Daß dann von einer transmissio querelae inofficiosi testamenti keine Rede sein kann, liegt auf der Hand; der exheredatus filius würde ja selbst keine Querel gehabt haben. Sind aber hier vielleicht die Descendenten desselben besser gestellt? Wohl schwerlich. Denn da das Testament an sich gültig (bloß rescissibel) ist, so war die Erbschaft beim Tode des filius exhere-

datus noch dem scriptus heres ex testamento deferirt, nicht aber dem Nichtbedachten ab intestato, was erst dann geschah, wenn jener ausschlug. Daher hatte der Pflichttheilsberechtigte die Erbschaft bei seinen Lebzeiten nicht erwerben und folglich dieselbe mit seinem Tode auf seine Kinder nicht vererben können. Genau dieselbe Unbilligkeit, die eintrat, wenn der scriptus heres später antrat, ergab sich also auch, wenn derselbe nach dem Tode des exheredatus ausschlug. Hat denn Justinian hier (da doch von einer Transmission der Querel keine Rede sein kann,) die Descendenten hülflos gelassen? Gewiß nicht! Der Kaiser verordnet nach richtiger wissenschaftlicher Auslegung in seiner Konstitution gar nicht bloß die Transmission einer Klage, sondern vielmehr die Transmission der Intestaterbschaft.

Von einer Transmission nur der Querel hier zu sprechen, ist überhaupt unrichtig. Kann man beim Tode des Nichtbedachten denn jemals behaupten, er transmittire die Querel auf seine Descendenten? Nein! Beim Tode jenes ist ja noch gar nicht gewiß, ob der scriptus heres künftig antreten werde, ob also künftig jemals die Querel entstanden sein würde. Aber lassen wir auch einmal insoweit die Annahme einer Transmission der Querel gelten und denken wir, wie der Kaiser, zunächst nur an den Fall, daß der heres scriptus antreten werde, daß also die Querel wirklich später würde entstanden sein, — so ergibt sich doch aus anderen Gründen die Unrichtigkeit, die vorliegende Transmission lediglich als Transmission einer Klage anzusehen, im Gegensatz zu den übrigen Transmissionen von „Erbschaften". — Jede Klage ist nämlich nichts Anderes, als das sich bethätigende, gegen seine Negation reagirende, sich realisirende Recht. Jede Klage setzt begrifflich ein Recht voraus. Welches Recht wird nun aber durch die Querel realisirt? — Das Recht auf die Intestatportion! Das in der Querel sich

bethätigende Recht ist mit a. W. das Intestaterbrecht. Ebendies ergeben aber auch mit Nothwendigkeit noch andere Eigenthümlichkeiten der Querel. Hierher gehört namentlich der Umstand, daß die Querel schon durch bloßes praeparare litem vererblich wird. Das praeparare ist nämlich juristisch nichts Anderes als die Adition des durch die Querel erlangbaren Intestaterbtheiles [1]). Denn durch praeparare litem beweist der Pflichttheilsberechtigte aufs Deutlichste, daß er den ihm nach dem Gesetze zukommenden Intestaterbtheil haben will. Dies Intestaterbrecht des Pflichttheilsberechtigten hat aber nicht nur seine Adition, sondern auch seine Delation. Letztere erfolgt nämlich, sobald der heres scriptus angetreten hat und der Verletzte von seinem Pflichttheilsrechte Kenntniß hatte; denn dann kann er, (um das Kriterium des Terentius Clemens anzuwenden) „antreten", nämlich wirksam praeparare querelam und diese (d. h. sein Intestaterbrecht) auf seine Erben vererben. Erwägt man endlich, daß die Quellen selbst die Querel eine hereditatis petitio nennen, und daß sie ihrer Natur nach, wie auch h. z. T. meist anerkannt ist, eine qualificirte hereditatis petitio ab intestato wirklich ist, so kann nicht zweifelhaft blei-

1) Durch diese Auffassung allein findet die bei der Querel von den übrigen actiones vindictam spirantes bestehende Abweichung, — daß sie schon durch praeparare litem vererblich wird, ihre logische Erklärung. Das praeparare querelam ist Antreten der durch die Querel vindicirbaren Intestaterbschaft. Dem entspricht auch der aus l. 6 §. 3, l. 7 D. de inoff. test. (5, 2), l. 2 C. eod. tit. (3, 28) zu entnehmende Umstand, daß nach älterem Rechte derjenige, welcher nur eine B. P. necessaria hatte, nur durch Agnition derselben das Recht der Querel erwerben konnte. (Vergl. u. a. von Vangerow, Pand. §. 478 Nr. 2.) Dies ist ganz folgerichtig. Der „heres" kann durch formloses adire oder pro herede gerere, (wie es also auch im praeparare querelam liegt,) die Erbschaft antreten, — nicht aber der bonorum possessor. Er muß in bestimmter Form, durch „agnitio", antreten; er erwirbt daher, (falls er nicht zugleich auch als heres gerufen,) nur auf Grund seiner agnitio die Querel. (Vergl. Windscheid, Pand. §. 584 Note 9.)

ben, daß das in der Querel sich bethätigende Recht eben das Recht auf den Intestaterbtheil, d. h. das Intestaterbrecht ist und zwar speziell in seiner Reaktion wider ein inofficioses Testament, wobei letzteres zwar nicht als absolut, wohl aber als relativ null angesehen wird, nämlich dem Nichtbedachten gegenüber; indem ihm gegenüber der Testator als furiosus, also als nichtig testirt habend gilt. Von einer Transmission bloß der Querel beim vorliegenden Transmissionsfall zu sprechen, ist also nicht mehr und nicht weniger begründet, wie bei allen übrigen Transmissionsfällen. Dieselben werden ja praktisch sämmtlich durch Gewährung der hereditatis petitio an den Transmissar realisirt, wie der vorliegende Fall durch Gestattung der Querel. Damit ist dargethan, daß die Annahme einer Transmission der Querel systematisch zu verwerfen ist, und zwar selbst in dem Falle, in welchem überhaupt allein die Querel denkbar ist, nämlich wenn der scriptus heres antritt.

Daß nun auch in dem andern Falle, wenn der Testamentserbe die Erbschaft ausschlägt, von einer Transmission der Querel nicht die Rede sein kann, ist m. E. ebenso sicher, wie, daß Justinian auch hier hat helfen wollen. Wenngleich der Kaiser an diesen Fall augenscheinlich zunächst nicht gedacht hat, so besteht doch offenbar die ganze ratio legis darin, daß es dem nicht bedachten Pflichttheilsberechtigten und seinen Descendenten nicht schaden soll, daß jener unverschuldeter Weise, nämlich in Folge des Zögerns des Testamentserben, gehindert war, sein Recht auf den Intestaterbtheil durch Antritt desselben vererblich zu machen, (was je nachdem durch praeparare litem oder durch einfache Adition nach Destitutwerden des Testamentes hätte geschehen können). Es muß daher nothwendig eine Transmission zu Gunsten der Descendenten des Nichtbedachten auch dann angenommen werden, wenn nach dessen Tode der Testamentserbe nicht antritt. Jene können also dann ab intestato noch die

Erbschaft erwerben und sind dann durch die einfache hereditatis petitio geschützt.

Die vorliegende Transmission beruht also darauf, daß der nicht bedachte Pflichttheilsberechtigte trotz des Testamentes, sobald der Testator gestorben, ein Erbrecht ab intestato hat, indem nur noch unsicher und durch den Antritt bezw. die Ausschlagung der Erbschaft seitens des Testamentserben suspensiv bedingt ist, ob jener contra testamentum oder ab intestato zur Intestaterbschaft wird gerufen werden. Daraus ergibt sich übrigens, daß die vorliegende Transmission eine ganz eigenartige ist. Während (abgesehen von der ächten transmissio ex capite in integrum restitutionis) bei den bisherigen Transmissionsfällen dem Transmittenten wenigstens objektiv deferirt, und im Falle seines Sichberufenwissens auch subjektiv deferirt war, er also jedenfalls „gerufen" war, — ist dieses bei der zuletzt behandelten Transmission nicht der Fall. Eine Delation (im objektiven Sinne, d. h. im Sinne der herrschenden Lehre) fand an den Transmittenten noch nicht statt. Denn zunächst wurde ja dem scriptus heres aus dem Testamente deferirt. Erst wenn er nicht antritt und das Testament destitut wird, wird der Pflichttheilsberechtigte ab intestato gerufen; während wenn jener antritt, auch dann erst für diesen querela nascitur, d. h. der Intestaterbtheil contra testamentum deferirt wird. (Vergl. S. 191.)

Schließlich möge noch auf einen ferneren m. W. bisher nicht beachteten Punkt aufmerksam gemacht werden. Die von den Meisten und auch im Obigen vertretene Ansicht, daß die fragliche Transmission aus der l. 34 C. de inoff. test. (3, 28) nicht gegeben, wenn der Nichtbedachte nach der Erklärung des scriptus heres über den Antritt ex testamento verstorben, findet in dem Umstande eine Stütze, daß für diesen Fall bereits die im Jahre 529 gestattete transmissio Justiniana Platz griff,

eine neue Transmission also überflüssig war. Hat nämlich der heres scriptus vor dem Tode des Verletzten ausgeschlagen und wurde das Testament destitut, so wurde der letztere zu seinen Lebzeiten bereits ab intestato gerufen, er konnte also die Intestaterbschaft, (oder wie Justinian sagt, die Deliberation, die Intestaterbschaft anzutreten oder auszuschlagen,) auf seine Erben transmittiren. — Hatte dagegen der Testamentserbe vor dem Tode des Pflichttheilsberechtigten angetreten, so war der letztere bei Lebzeiten ebenfalls schon ab intestato gerufen, indem ihm die durch die Querel vindicirbare Intestaterbschaft angeboten war. Er hatte also bei seinen Lebzeiten schon das „arbitrium" (die Deliberation), entweder die Querel anzustellen bezw. zu präpariren d. h. Intestatportion anzutreten, oder die Querel nicht anzustellen bezw. das Testament anzuerkennen, und damit eben „omittere" bezw. „repudiare hereditatem". Dies arbitrium (d. h. die Intestaterbschaft, über die das arbitrium stattfand,) konnte der Nichtbedachte also auch auf seine Erben transmittiren.

Daß der Enkel, wenn er die großväterliche Erbschaft transmittirt haben will, die ihm deferirte väterliche Erbschaft nicht ausschlagen darf, kann nicht bezweifelt werden. Dies hat der Kaiser in den Worten seines Gesetzes offenbar als selbstverständlich vorausgesetzt, wie auch die Bemerkung andeutet: „. . . neque enim pater nepoti aliquod jus cum decesserit contra patris sui testamentum dereliquit." (Windscheid, Pand. §. 600 Note 21, u. A.) Außerdem ist auch diese Transmission, wie die früheren, durch die Fiktion zu construiren, der Transmittent habe bereits selbst das Recht an der transmittirten Intestatportion erworben gehabt. — Uebrigens treffen, weil bei der vorliegenden Transmission nicht alle Erben, sondern nur die Descendenten transmissionsberechtigt sind, die oben bei

der Theodosiana transmissio gemachten Bemerkungen (vergl. S. 176) auch hier zu.

C. Die Transmissionsfälle im Allgemeinen.

I. Begriff, Voraussetzungen und Wirkungen.

Die bisherige Erörterung des Wesens der einzelnen Transmissionsfälle hat uns in die Lage versetzt, jetzt einfach aus dem Früheren die Resultate ziehen zu können, um die gemeinsamen Eigenthümlichkeiten und Grundsätze der Transmissionsfälle aufzustellen.

Was zunächst den Begriff derselben betrifft, so haben wir Fälle kennen gelernt, in denen der Transmittent

1) zwar **noch nicht** „gerufen" ist und daher die Erbschaft noch nicht antreten kann, in denen aber doch objektiv sicher ist, daß er später gerufen werden wird: Die sog. transmissio querelae inofficiosi testamenti (vergl. S. 189).

2) **nicht mehr** gerufen ist und daher auch nicht mehr antreten konnte: Die ächte transmissio ex capite in integrum restitutionis (vergl. S. 144).

3) **noch gerufen** ist, aber nicht antrat, oder nicht antreten konnte: Alle übrigen Transmissionsfälle.

Will man diese Fälle sämmtlich unter einen Begriff ziehen, so leuchtet ein, daß die Behauptung, sie seien Fälle einer Succession in die Delation oder sie seien Ausnahmen von der Regel: — hereditas delata nondum acquisita non transmittitur ad heredes, — irrig ist. Denn nimmt man Delation auch in dem von der herrschenden Lehre gebräuchlichen Sinne einer bloß objektiven Delation, (Gerufenwerdens, vergl. S. 158,) so würden doch jedenfalls die obigen Fälle Nr. 1 und 2 nicht in den Begriff eingeschlossen sein. Daher muß allgemeiner definirt

werden: Transmissionsfälle sind die Ausnahmefälle, in denen der Erbe desjenigen, der zunächst zum Erben bestimmt war, die Erbschaft erwerben kann. Soll die alte in jure cessio legitimae hereditatis und die Justinianische transmissio ex jure patrio unter die Definition mitbegriffen werden, (was ja unbedenklich ist, da der Transmissionsbegriff als nicht quellenmäßiger von der Wissenschaft beliebig normirt werden kann,) so muß erklärt werden: Die Transmissionsfälle sind diejenigen Ausnahmsfälle, in denen ein Anderer, als der zunächst zum Erben Bestimmte die Erbschaft erwerben kann.

Abgesehen von den individuellen Erfordernissen der einzelnen Transmissionsfälle, lassen sich folgende, für alle zutreffende Voraussetzungen aufstellen:

1) Der Transmittent B muß den Erblasser A überleben.

2) Den Transmittenten muß letzter Wille oder Gesetz zum Erben des A bestimmen.

3) Der Transmittent B muß sterben, ehe er die Erbschaft des A erworben.

4) Der Transmissar C muß als Erbe in den Nachlaß des Transmittenten B gerufen werden (was nur bei der Theodosischen und der sog. Transmission der Inofficiositätsquerel eine Ausnahme, jedoch selten, erleiden kann (vergl. S. 176 u. 190).

5) Der Transmissar darf die Erbschaft des Transmittenten nicht ausschlagen, sondern muß sie antreten.

6) Endlich muß der Transmissar C auch die zu transmittirende Erbschaft des A (falls er selbstredend sie haben will) antreten d. h. auch bezüglich ihrer den Erwerbswillen haben.

Eine eingehende Rechtfertigung dieser Aufstellung wird nach den früheren Erörterungen wohl nicht mehr nöthig sein.

Das Gleiche gilt hinsichtlich der Wirkungen der Transmission, für welche sich das einfache Princip aufstellen läßt: Der Transmissar erwirbt die transmittirte Erbschaft mit der

Wirkung, als habe der Transmittent dieselbe schon erworben gehabt; als wäre dieselbe als Stück des Nachlasses des Transmittenten auf den Transmissar mitvererbt. Aus diesem Satze folgt mit Nothwendigkeit auch namentlich der (nicht unbestrittene) Vorzug des Transmissars vor dem Substituten und Accrescenzberechtigten.

II. Wesen und rechtsgeschichtliche Bedeutung der Transmissionsfälle.

Betrachtet man die Transmissionsfälle vom rechtsgeschichtlichen Standpunkte und sieht man dabei namentlich auf den legislativen Grund, der die Einführung der einzelnen Transmissionsfälle veranlaßt hat, — so läßt sich deutlich eine immer mehr Boden gewinnende Reaktion gegen die aus den Principien über Delation und Acquisition der Erbschaften entspringende, (aber dem Rechtsbewußtsein der Römer in mehr und mehr Fällen unbillig erscheinende) Rechtskonsequenz erkennen, daß die bloß angefallene, nicht angetretene Erbschaft nicht vererblich ist. Die im Laufe der Zeiten sich mehrenden und an praktischer Bedeutung gewinnenden Transmissionsfälle sind der Ausdruck jener Reaktion; indem dieselben jene unbillig erscheinende Konsequenz in mehr und mehr Fällen beseitigend, dafür die vom Rechtsbewußtsein des Volkes für billig gehaltene Idee, daß die dem Erben bestimmte Erbschaft, dessen Erben nicht verloren gehen dürfe, verwirklichen. Die historische Fortentwickelung der Transmissionsfälle in dieser Hinsicht liegt so sehr auf der Hand, daß es in der That wohl nur eines Hinweises bedarf. Jener, die Transmissionsfälle treibende Gedanke, welcher oben (S. 138) die Idee der Vererblichkeit des Erbanfalles genannt wurde, ist dann schließlich durch die historisch vorletzte transmissio Justiniana praktisch ganz verwirklicht, indem nun im Rechtsleben wohl schwerlich eine noch nicht angetretene Erbschaft

nicht transmittirt sein wird. Durch die sogenannte Transmission der Inofficiositätsquerel, welche historisch den Schluß macht, ist das Transmissionsrecht auf das Pflichttheilserbrecht übertragen. Wenn hiernach nun auch festgestellt ist, daß die Vererblichkeit des Erbanfalles das Princip ist, welches vermöge der Transmissionsfälle im römischen Rechte mehr und mehr zur Geltung kommt, so ist damit doch nur ein Begriff aufgestellt, der selbst noch der juristischen Erklärung bedarf. Man hat nun jene Idee in den Transmissionsfällen erkennend, dieselben wohl als Succession in die Delation charakterisirt. Insofern damit aber eine juristische Erklärung des bei den Transmissionsfällen stattfindenden, eigenthümlichen Erbschaftsüberganges gegeben werden soll, erscheint jener Begriff ganz unbrauchbar, ja geradezu absurd. Kann A, auch wenn er Erbe des B ist, in eine Offerte, die X dem B machte, succediren? Die Delation ist eine von Rechts wegen erfolgende Offerte, eine Erwerbsmöglichkeit, aus welcher logisch ein Dritter ebenso wenig das Angebotene erwerben kann, wie aus der Vertragsofferte ein Anderer als der Oblat. (Vergl. S. 155 ff.) Der im römischen Rechte als Princip festgehaltene Grundsatz der Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit des dem Delaten auf den Erbschaftsantritt zustehenden Rechtes, ist daher ein aus dem Wesen der Delation der Erbschaft mit logischer Nothwendigkeit folgendes. Ihm gegenüber erscheinen die Transmissionsfälle im positiven römischen Rechte als ächtes jus singulare, „quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est". Soll man sich aber damit begnügen, daß die Transmissionsfälle eben nur Recht sind, weil sie Gesetz sind? Die civilistische Rechtswissenschaft hat dies gethan, indem sie, abgesehen von jenem unbrauchbaren Begriff „Succession in die Delation", eine andere juristische Lösung nicht aufgestellt hat. Doch wo ein Rechtsinstitut in solch um-

fassender Bedeutung, in solch praktischer Wirksamkeit in das Rechtsleben eindringt, wie die Transmissionsfälle, die den Grundsatz der Unvererblichkeit des Erbanfalles in der Praxis umgekehrt haben, — da muß sich eine befriedigendere Lösung finden als die Formel: es ist Recht, weil es Gesetz ist. Für ein der neuesten Rechtsentwickelung angehörendes Institut, nämlich den Schutz literarischer Erzeugnisse u. s. w., konnte der Wissenschaft auf die Dauer nicht die Rechtfertigung genügen, jener Schutz sei Recht, weil er auf positivem Gesetze, auf Privilegium u. s. w. beruhe. Jetzt hat die Wissenschaft und ihr nachfolgend auch das Gesetz, die juristische Lösung in der Aufstellung eines neuen absoluten Privatrechtes, des Urheberrechtes, gefunden. Ebenso muß auch für das Rechtsinstitut der römischen Transmissionsfälle und zur Erklärung des sich in ihnen zeigenden Gedankens der Vererblichkeit des Erbanfalles eine wissenschaftliche Lösung gefunden werden. Diese Aufgabe ist nicht allzu schwer. Versuchen wir nur aus allgemeinen Principien die äußeren Thatsachen zu erklären, welche bei einem Transmissionsfalle vorliegen. Der A stirbt; sein Nachlaß ist durch seinen letzten Willen, oder durch das Gesetz dem B bestimmt. B erfährt vielleicht gar nichts vom Tode des A und stirbt selbst möglicher Weise nur kurze Zeit nach dem A. Des B Erbe wird C; und vermöge dieser seiner Qualität als Erbe des B kann C auch den Nachlaß des A erhalten. Man ersieht zunächst auf den ersten Blick an dem gewählten Beispiele der Transmission einer noch nicht „deferirten" Erbschaft, daß die wesentlichen Punkte, von denen die Transmission abhängt, der Umstand ist, 1) daß der Transmittent B der zum Erben des A Bestimmte ist, und daß er 2) den Erblasser A wenigstens einen Augenblick überlebt haben muß. Das Anrecht auf den Nachlaß des A geht dann mit dem übrigen Vermögen des B auf dessen

Erben, den C über. Daher ist die Person des Transmittenten B der nothwendige Durchgangspunkt, durch welchen allein die zu transmittirende Erbschaft an den Transmissar C gelangen kann. Soll also dieser Durchgang der zu transmittirenden Erbschaft durch die Person des Transmittenten B rechtslogisch begriffen und erklärt werden, so ist die Annahme nöthig, daß schon der Transmittent B bereits vom Momente des Todes des A an durch irgend eine rechtliche Beziehung mit der zu transmittirenden Erbschaft in Verbindung gestanden habe. Diese rechtliche Beziehung muß so stark und der Art sein, daß sie den Uebergang des Nachlasses des A von B auf dessen Erben, den C, juristisch zu erklären vermag. Wie ist es also denkbar, daß der Erbe des B den Nachlaß des A erwerbe? oder m. a. W., daß das Anrecht auf den Nachlaß des A gewisser Maaßen als Stück des Nachlasses des B an dessen Erben den C gelangen kann. M. E. ist hier nur eine Antwort möglich. Das Eigenthum des B am Nachlasse des A ist jene rechtliche Beziehung. Nur die Voraussetzung, daß bereits B die Erbschaft des A erworben gehabt habe, kann eine genügende rechtslogische Erklärung dafür abgeben, daß der Nachlaß des A dem Schicksale des Nachlasses des B folgt und mit diesem, (gewisser Maaßen als Stück desselben,) an den Erben des B, an den Transmissar C, gelangen kann. Die Vererblichkeit des Erbanfalles ist also nach allgemeinen juristischen Grundsätzen nur unter der Voraussetzung denkbar, daß der erste Erbe ipso jure ohne Rücksicht auf Delation und Acquisitionserklärung bereits die Erbschaft erworben habe; oder m. a. W. die Vererblichkeit des Erbanfalles kann rechtslogisch nur als Konsequenz des Principes, daß die Erbschaft vom Erben ipso jure mit dem Tode des Erblassers erworben sei, gedacht werden. Letzteres ist in der That auch das Princip, auf welches das römische Recht durch die Transmis-

sionsfälle mehr und mehr hinsteuert [1]). Denn indem das sich im Laufe der Jahrhunderte umbildende Rechtsbewußtsein der Römer in den Transmissionsfällen freilich zunächst nur die eine Konsequenz jenes Principes erstrebte, war letzteres selbst doch der Endpunkt, auf welchen die Rechtsentwickelung sich hinbewegte.

Will man also die Transmissionsfälle richtig charakterisiren, so müssen sie lediglich als eine Entwickelungsphase des neuen, aufkeimenden Rechtssatzes, daß jeder Erbe die Erbschaft ipso jure erwirbt, angesehen werden. Denn die Rechtssätze sind ja nicht ewig und unwandelbar, sie ändern sich wie die Sitte mit den Anschauungen und wirthschaftlichen Bedürfnissen der Zeiten und Menschen. Aber sie ändern sich auch nicht in einem Tage. Wo ein Rechtssatz einer Zeit unbillig erscheint, da setzt sie eine Ausnahme. Dem Auge des Zeitgenossen erscheint sie freilich nur als Singularität, während sie doch vielleicht auf einer neuen Rechtsidee beruht. Wenn aber fernere Ausnahmen hinzukommen und diese vielleicht nach Jahrzehnten, ja nach Jahrhunderten, die Regel endlich überwuchern, dann tritt mehr und mehr auch die in ihnen verborgene Idee zu Tage, bis dieselbe schließlich von der Jurisprudenz erkannt und endlich auch vom Gesetzgeber als das neue Princip an die Stelle des alten gesetzt wird. Das ist der Entwickelungsgang so mancher Rechtsbildungen, und das ist auch der Weg, den das römische Recht in den Transmissionsfällen eingeschlagen. Dieselben sind also „der historische Durchbruchspunkt" [2]), in welchem das neue Princip in der historischen Gestalt der Ausnahme in die für den Erwerb von Erbschaften durch voluntarii heredes

---

1) Als Korrektiv gegen dies Princip war dem römischen Rechte das beneficium abstinendi bereits bekannt.

2) Vergl. Ihering, Geist des römischen Rechtes, 2. Aufl. Thl. II, S. 322 (§. 39).

geltende Rechtsordnung eindringt und diese mehr und mehr durchbricht. Interessant ist nun der Umstand, daß die hier versuchte Konstruirung der Transmission aus rechtslogischen Grundsätzen im Resultate mit der römischen rein technischen Konstruktion zusammentrifft, indem ja nach beiden die zu transmittirende Erbschaft als schon vom Transmittenten erworben gedacht werden muß. Dies Zusammentreffen dürfte ein Beweis sein, sowohl für den feinen juristischen Takt der Römer, (die nicht zu Begriffen wie „Succession in die Delation" kamen,) als auch für die Richtigkeit der von uns versuchten Konstruktion.

Für die römische Rechtsgeschichte ist aber an den Transmissionsfällen ein neues Beispiel der bedeutungsvollen, rechtshistorischen Mission der Fiktion gewonnen, welche, wie sonst, so auch hier, die Ausnahme in das Prokrustesbett der Regel einzwängend, in Wirklichkeit neue Principien in das Recht einführt. (Vergl. S. 181 ff.)

Jener nachgewiesene Endpunkt der historischen Fortentwickelung, auf den das römische Recht sich hinbewegt, ist aber nicht vollständig erreicht, weil das fortschreitende, nationale Rechtsbewußtsein nur zunächst die eine Konsequenz jenes Principes, nämlich nur die Vererblichkeit des Erbanfalles erstrebte. Diese ist durch die beiden von Justinian eingeführten Transmissionen faktisch erreicht. Könnte man freilich mit Wieding annehmen, durch die transmissio Justiniana seien die Erbverhältnisse der Sui auf alle Erben ausgedehnt (S. 179 ff.), so wäre der von uns angegebene Endpunkt der Fortentwickelung des römischen Erbrechtes vollständig erreicht, womit für die Richtigkeit der aufgestellten Ansicht der schlagendste Beweis geliefert wäre. So verlockend daher auch die Wiedingsche Ansicht über die Justinianische Transmission war, so konnte derselben doch, wie angegeben (S. 180), nicht beigetreten werden.

Zu Justinians Zeiten war die angedeutete Fortentwickelung des Rechtes des Erbschaftserwerbes nur erst bis zur Vererblichkeit des Erbanfalles vorgeschritten; nur diese verlangte das damalige Rechtsgefühl des Volkes als allgemein geltend. Daher erklärt es sich denn auch, daß Justinian, obwohl er gerade die Erbverhältnisse der Sui als Vorbild nimmt, doch nur das „transmittere hereditatem" die Vererblichkeit des Erbanfalles, also bloß die eine Konsequenz des Erbschaftserwerbes ipso jure, nicht aber dieses Princip selbst, auf alle Erben überträgt, obwohl letzteres doch allein konsequent gewesen wäre. — Demnach ist im römischen Erbrechte die Lehre vom Erbschaftserwerb seitens der voluntarii heredes noch von jenen zwei im direkten Gegensatz stehenden Principien beherrscht, ohne daß die bereits begonnene Ueberwindung des einen Principes durch das andere sich vollendet hätte. Als die Regel und formell als Grundsatz gilt noch der alte, auf der Trennung von Delation und Acquisition beruhende Erbschaftserwerb. Als durchgreifende Ausnahme von jener Regel gilt dagegen die Konsequenz des Erbschaftserwerbes ipso jure, daß der Erbanfall vererblich ist.

Zum Schlusse mag die Behauptung, das römische Recht sei auf dem Wege gewesen, den Erbschaftserwerb ipso jure allgemein anzunehmen, noch mit einem ferneren Beweise belegt werden. Justinian hat nämlich in l. 22 §. 14 C. de jur. del. (6, 30) eine zweite, nicht unwesentliche Konsequenz dieses Principes eingeführt. — Nach römischem Rechte hängt es ganz vom Belieben eines Jeden ab, mag er suus oder extraneus sein, ob er Erbe eines Andern sein will, oder nicht; nur muß sich der necessarius heres anders verhalten, wie der voluntarius. Während nämlich der letztere sich rein passiv verhalten, schweigen kann („omittere" hereditatem), wenn er die ihm angefallene Erbschaft nicht haben will, muß der necessarius positiv handeln: „se abstinere". Umgekehrt kann dieser schweigen,

wenn er die ihm angefallene Erbschaft haben will; während der voluntarius heres positiv handeln, „adire“, „pro herede gerere“ muß. Beides ist logische Konsequenz des für die zwei verschiedenen Arten von Erben geltenden verschiedenen Grundsatzes über den Erbschaftserwerb. Denn wer etwas schon hat, kann schweigen, wenn er es behalten will, und muß handeln, wenn er es nicht mehr haben will; während umgekehrt derjenige handeln muß, welcher etwas ihm Angebotenes haben will, aber schweigen kann, wenn er es nicht will. Demnach ist es logisch nothwendig, daß Schweigen (d. h. das Nichterklären über das Erbeseinwollen) beim voluntarius heres Nichthabenwollen, beim necessarius dagegen Habenwollen bedeutet. Dem entsprechend galt auch nach altem Rechte der voluntarius heres, welchem durch den Prätor eine Antrittsfrist auf Antrag von Interessenten gesetzt war, als ausschlagend, wenn er schwieg (Gaj. II, 167). Justinian hat bekanntlich in l. 22 §. 14 C. cit. das Gegentheil bestimmt. Der voluntarius heres gilt in jenem Falle als antretend! was logisch doch nur unter der Voraussetzung denkbar ist, daß der Erbe ipso jure schon die Erbschaft erworben habe. Justinian hat also in der That hiermit eine fernere Konsequenz dieses Principes sanktionirt, und damit das römische Erbrecht demselben wieder einen Schritt näher gebracht.

Ein Fortschreiten in der angedeuteten Richtung läßt sich übrigens auch im heutigen gemeinen Civilrechte nicht verkennen. Die in Theorie und Praxis sich findende (vielleicht durch unbewußten Einfluß der germanischen Rechtsanschauung: „der Todte erbt den Lebendigen“ mitveranlaßte) Tendenz, den Transmissionsfällen und namentlich den sog. transmissiones ex capite in integrum restitutionis die größtmögliche Ausdehnung zu geben, darf mit Fug als Zeichen für die Fortsetzung der im römischen Rechte begonnenen Umbildung betrachtet werden. (Vergl. S. 169.)

III. Die Transmission der Erbschaft in den neueren Gesetzbüchern.

Zur Bestätigung der aufgestellten Charakteristik der römischen Transmissionsfälle liefern die modernen in Deutschland geltenden Gesetzbücher ein sehr interessantes Material. Da sie alle mehr oder minder auf römischer Grundlage beruhen, also Tochterrechte des römischen Rechtes sind, so mag eine kurze Ueberschau gehalten werden, in wie weit sich die römischen Grundsätze über die Transmission der Erbschaft und über den Erwerb der letzteren in jenen erhalten, oder weitergebildet haben.

Das preußische Landrecht (§§. 367, 368, I, 9) und der Code Napoléon (art. 724) lassen bekanntlich jeden Erben ipso jure mit dem Tode des Erblassers die Erbschaft erwerben. Sie kennen daher principiell nur eine Transmission der erworbenen Erbschaft, wie sie im römischen Rechte bei den sui heredes gilt, (die sog. transmissio ex capite suitatis). Vergl. Pr. Landr. §. 370, I, 9; C. N. art. 781. Bezüglich des C. N. beruht jenes aber darauf, weil in dem von ihm aufgestellten Erbrechtssysteme der germanische Grundsatz „der Todte erbt den Lebendigen" in seiner vollen Tragweite durchgeführt ist. — Dagegen beruht bekanntlich das preußische Erbsystem im Wesentlichen auf römischer Grundlage. Höchst interessant sind nun die Gründe, die die preußischen Gesetzesredaktoren zu jener Abweichung vom römischen Rechte bewogen haben. Suarez, (welcher anfänglich für die Beibehaltung des römischen Unterschiedes von Delation und Adition der Erbschaft war [1]), bemerkt über den in den citirten §§. 367, 368 aufgestellten Grundsatz des Erwerbes ipso jure:

1) Vergl. Bornemann, Preuß. Civilrecht. 2. Ausg. Bd. 6. S. 12.

„Dieser Satz scheint zwar der Regel des Römischen Rechtes entgegen: hereditas non adita non transmittitur. Erwägt man aber etwas genauer die vielen Ausnahmen von dieser Regel, Hellf. ad P. §. 1496, so wird man finden, daß sie die Regel (die ohnehin nur auf der Jurisprudentia formularia und der Theorie von Actibus legitimis bei den Römern beruht) ganz aufheben, zumalen bei uns, wo jeder Erbe, der sich in der bestimmten Frist nicht erklärt, ipso jure für einen Benefizialerben angenommen wird[1].“

Zwei Erwägungen sind also hiernach für die Annahme des Erbschaftserwerbes ipso jure leitend gewesen:

1) das Transmissionsrecht,

2) die (in §. 421, I, 9 angenommene) Bestimmung des Gesetzbuches, daß der in der gesetzlichen Frist über den Erwerb der Erbschaft sich nicht erklärende Erbe, als dieselbe antretend angesehen werden soll, was Justinian bekanntlich bezüglich der richterlichen Antrittsfrist bereits bestimmt hatte (S. 199). Die Redaktoren haben also richtig gefühlt, daß jene zwei Sätze den Erwerb der Erbschaft ipso jure zur logischen Voraussetzung haben; und deshalb haben sie den Erwerb ipso jure als Princip aufgestellt. Damit dürfte ein fernerer Beweis geliefert sein, einerseits für den richtigen juristischen Takt der preußischen Gesetzesredaktoren, anderseits aber für die Richtigkeit der oben über die Umbildung des römischen Erbsystems aufgestellten Ansicht. Im preußischen Landrechte, das ein Tochterrecht des römischen ist, und dessen Erbsystem im Wesentlichen auf römischer Grundlage beruht, ist also jene Umbildung zu dem angedeuteten Endpunkte gekommen.

Das sächsische und österreichische Gesetzbuch haben dagegen jenen letzten Schritt nicht gemacht. Beide stellen unter Beibe-

---

1) Von Kamptz, Jahrbücher Bd. 41, S. 12.

haltung des römischen Unterschiedes zwischen Anfall und Antritt der Erbschaft (Oest. B. G.B. §§. 545, 547, 799; Sächs. B. G.B. §§. 2001, 2009, 2010, 2250, 2259) eine generelle Transmission jeder angefallenen, aber noch nicht erworbenen Erbschaft auf. (Oest. B. G.B. §§. 809, 537; Sächs. B. G.B. §. 2010; vergl. auch das Züricher G.B. §§. 1968, 2082, 2123 bezüglich des Testaments- und Vertragserben.) Damit machen diese Gesetzbücher sich derselben Principwidrigkeit schuldig, wie sie in den römischen Transmissionsfällen liegt. — Auch jene zweite von Justinian in l. 22 §. 14 C. de jur. del. (6, 30) eingeführte Folgewidrigkeit weist das sächsische Gesetzbuch auf. Der §. 2265 bestimmt:

„Hat der Erblasser eine Frist für die Antretung nicht bestimmt, so gilt die Erbschaft als angenommen, wenn der Erbe sich innerhalb eines Jahres von der Zeit an, wo er von dem Anfalle Kenntniß erlangt, über die Antretung nicht erklärt hat."

Vergleicht man damit den §. 2250:

„Wer zum Erben berufen ist, erwirbt die ihm angefallene Erbschaft durch deren Antretung";

so leuchtet ein, daß das Princip des §. 2250 durch den §. 2265 geradezu aufgehoben ist, daß also beide Gesetzesbestimmungen in direktem Widerspruche stehen. Nach §. 2250 soll ich erst durch Antreten Erbe werden, und doch soll ich nach §. 2265, obwohl ich nicht antrete, doch als Antretender behandelt werden! Im österreichischen Rechte gibt es dagegen bekanntlich eine derartige, der Unterscheidung von Delation und Antretung widersprechende Vorschrift nicht. (Vergl. Oest. B. G.B. §. 799.)

Dagegen findet sich in allen drei Rechten, welche jene Unterscheidung kennen, noch eine andere Principwidrigkeit. Die modernen Rechte haben in der Tendenz, den Gläubigern gegen

die Kniffe böswilliger Schuldner mehr Schutz zu gewähren, wie ihn das römische Recht bietet, u. A. auch bestimmt, daß der Schuldner in fraudem creditorum auf angefallene Erbschaften nicht verzichten solle. Dies ist ganz folgerichtig nach preußischem und französischem Rechte. (Vergl. Preuß. Konk. O. vom 8. Mai 1855 §. 102, Nr. 2, Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855 §. 5, Nr. 2, C. N. art. 1167, 788.) Denn da hier jede Erbschaft mit dem Anfall sofort erworben wird, so erscheint der Verzicht des Schuldners als ächte Veräußerung eines Vermögenstheiles; er fällt also konsequent unter das Verbot der alienatio in fraudem creditorum. Anders verhält sich dagegen die Sache nach den vorgenannten drei Rechten. Denn da in diesen die Erbschaft erst durch den Antritt erworben wird, so ist nach ihnen der Verzicht des Schuldners auf die Erbschaft nur ein Nichterwerbenwollen, welches logisch ebenso wenig unter den Begriff der alienatio fallen kann, wie die Ablehnung eines offerirten Geschenkes. Trotzdem gestatten jene drei Rechte dem Schuldner den Verzicht auf die ihm angefallene Erbschaft nicht. (Vergl. Sächs. B. G.B. §. 1511, und Züricher G.B. §. 1023.)

In Anbetracht nun, daß in jenen drei Rechten die praktisch bedeutsamsten und durchgreifendsten Konsequenzen des Erwerbes der Erbschaften ipso jure anerkannt sind, darf man wohl behaupten, daß in jenen Rechtssystemen zwar formell das römische Aditionsprincip, materiell aber eigentlich das (der germanischen Rechtsanschauung entsprechende) Princip des von Rechtswegen mit dem Anfall erfolgenden Erbschaftserwerbes anerkannt ist.

Die Zeit ist nun auch nicht mehr fern, in der die endlich wiedergewonnene politische Einheit uns auch die Einheit auf privatrechtlichem Gebiete bringen und ein allgemeines Civilgesetzbuch für das Reich geben wird. Welches Princip über den

Erwerb der Erbschaften in ihm aufzustellen sei, darüber werden vielleicht noch die Meinungen sehr streiten. Daß aber hier nur das Aufgeben der römischen Principien über Delation und Acquisition der Erbschaften und die Rückkehr zum germanischen Principe: „der Todte erbt den Lebendigen“, eine ersprießliche Lösung herbeiführen kann, ergeben die letzten Seiten wohl zur Genüge. Als Korrektiv ist daneben dann das (auch den Römern für die sui heredes bekannte) beneficium abstinendi zuzulassen. Das preußische Recht aber hat auch in dieser Frage, wie anders wo, die Ehre, der deutschen Gesetzgebung den Weg gewiesen zu haben.

Für die Transmission der Erbschaft, wie sie sich in den römischen Transmissionsfällen, als Vererbung der bloß angefallenen, aber nicht erworbenen Erbschaft zeigt, ist daher im künftigen deutschen Erbsysteme kein Platz mehr. Immerhin wird aber das Interesse, welches das römische Recht für die Wissenschaft stets behalten wird, auch den Transmissionsfällen verbleiben. Wie jedes Ausnahmerecht ein vorzügliches Feld zur Erforschung des Wesens des ihm gegenüberstehenden Rechtsprincipes bietet, so können die Transmissionsfälle dem Rechtsdogmatiker ganz besonders zur Untersuchung der römischen Principien über den Erbschaftserwerb dienen, wie überhaupt — wegen ihres Hinüberreichens in die verschiedensten erbrechtlichen Lehren, — zur Erforschung wichtiger Glieder des römischen Erbsystemes. Dem Rechtshistoriker aber liefern die Transmissionsfälle ein ebenso anziehendes, wie bedeutendes Beispiel, wie neue Rechtsgrundsätze im Laufe der Zeiten aufkeimen und das Alte allmälig verdrängen.

IV.

Eine Revision der Lehre vom Irrthum.

Zweite Abtheilung.

Von dem
Justizrath Dr. Hesse in Eisenberg.

---

§. 20.

In Band XV. (N. F. III.) S. 62 ff. dieser Jahrbücher sind kurz die Grundzüge der eben bezeichneten Revision angedeutet worden. Ich besorge, daß es Juristen giebt, welche mit diesen Grundzügen sich noch nicht befreundet haben mögen. Es hält ja so schwer, von Ideen, an welche man sich gewöhnt und in welche man sich eingelebt hat, sich wieder los zu machen, und es wird deshalb nicht überflüssig sein, meine Ansichten noch weiter zu erläutern und zu begründen. Es bedarf ohnehin mancher dort aufgestellte Satz noch eines weiteren Beweises [1]).

Schon seit Jahrhunderten wird in der juristischen Literatur von einem entschuldbaren und einem unverzeihlichen Irrthum gesprochen. Diese Adjektive setzen zweifellos voraus, daß

---

1) Meine Aufsätze über die cond. indeb., über den Irrthum und die bona fides bei der Usukapion im Arch. f. civ. Prax., und die beiden Abhandlungen in den Jahrb. über den Irrthum bilden ein Ganzes. Die vorliegende Arbeit mag als Schlußstein gelten. Sie bringt jedoch auch manche Erläuterung und resp. Berichtigung der früher ausgesprochenen Ansichten.

dem Irrenden sein Gebahren zugerechnet, daß es als Verfehlung aufgefaßt werden kann, wenn auch nicht gegen Andere, so doch gegen die Rechtsordnung und als Verschuldung gegen sich selbst. Wir sagen ja: quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire, und gebrauchen auch sonst oft den Ausdruck culpa sua [1]). In den Rechtsquellen jedoch finden wir die Bezeichnung „entschuldbarer Irrthum" (error excusabilis) nicht; der Ausdruck excusata est ignorantia bedeutet etwas Anderes, er sagt, daß die ignorantia keine Verantwortlichkeit nach sich zieht, wie aus der Phrase, ubi autem ignoravit, nihil, quod ei imputetur hervorgeht [2]). Die gangbaren Adjektive bei dem error sind justus, probabilis, tolerabilis; sie bezeichnen zuerst, daß der Irrthum erweislich, d. h. glaubhaft sein muß, und sodann daß er in den bei dem einzelnen Falle obwaltenden Umständen gerechtfertigt erscheinen müsse [3]). Wenn aber der error einer Entschuldigung bedarf, so ist damit angezeigt, daß in ihm ein Versehn, ein Fehler liegt, sei es, daß man direkt gegen die Rechtsordnung verstoßen hat durch Zuwiderhandlung oder Nichtbeachtung der Rechtsvorschriften, oder daß man nur indirekt dagegen gehandelt hat, indem man das, was sie zu unserem Vortheil gesetzt hat, zu unserem Schaden anwandte, ein Fall, der nur selten vorkommt [4]). Der Verstoß gegen die Rechtsordnung muß, wie sich von selbst versteht, unwissentlich und unabsichtlich geschehen sein, und ist nur in objektiver Beziehung zu verstehn. Von dem subjekti-

1) l. 7 §. 1 D. 4, 1. l. 29 §. 1 D. 21, 2. l. 7 §. 12 D. 41, 1.

2) l. 29 pr. D. 17, 1.

3) l. 2. 3. 7 D. 4, 1. l. 1 §. 5 D. 2, 13 (ex justa causa). l. 11 D. 41, 4. l. 15 §. 5 D. 43, 24. l. 76 §. 1 D. 6, 1.

4) Z. B. bei der separatio der Erbschaftsgläubiger, ferner l. 11 pr. D. 44, 2.

ven Thatbestande der Verfehlung hängt es ab, ob der Irrthum überhaupt und ob er in concreto nachgesehn werden kann.

Nun giebt es aber eine große Gruppe von Fällen, bei denen error und ignorantia offenbar nicht unter den Gesichtspunkt einer Verfehlung gegen die Rechtsordnung fallen. In diesen Fällen zeigt error nur den Mangel der scientia an, und scientia bedeutet hier Kenntniß des Sachverhältnisses, Bewußtsein vom rechtlichen Verhalte, Absicht und Vorbedacht. Der Irrthum drückt aus, daß mit Kenntniß, Bewußtsein und Absicht nicht gehandelt worden ist, während die Rechtsregel scientia als Thatbestand in sich trägt; der Irrthum bewirkt also, daß die Rechtsregel nicht angewendet werden darf und die auf die scientia gesetzten Folgen nicht eintreten können. Wer aus Irrthum eine fremde Sache für die seinige hält und verkauft, kann wegen furtum nicht bestraft werden, es fehlt das Bewußtsein des unredlichen Handelns, der affectus furandi [1]). Wer über die thatsächliche oder rechtliche Beschaffenheit eines Objekts im Irrthum sich befindet, und demgemäß handelt, von dem kann man nicht schließen, daß er stillschweigend dadurch seine Einwilligung erklärt habe [2]). Diese Art des error zählt Savigny mit zu dem Irrthum, welchen er unechten benannt hat. Es leuchtet wohl von selber ein, daß hier nicht von entschuldbarem oder unverzeihlichem Irrthum die Rede sein kann, weil der error hier nicht als eine Verfehlung aufgefaßt werden kann. Indem er lediglich den Mangel eines gesetzlichen Thatbestandes anzeigt, ergiebt er sich von selber als etwas Gestattetes und Erlaubtes, als etwas vom Recht Zugelassenes. Bei unbefangenem Suchen und Prüfen kann auch keine Schwierigkeit entstehen, im gegebenen Falle zu unterschei-

---

1) §. 4 §. 5 J. 2, 6.
2) l. 15 D. 2, 1.

den, ob der error als Verfehlung oder als Mangel des Thatbestands einer Rechtsregel aufzufassen ist[1]).

Zwar jeder eigentliche Irrthum ist ein Fehler, eine Verkennung des Wahren oder Richtigen, und veranlaßt eine Handlung oder Aeußerung, welche man unterlassen haben würde, wenn man den richtigen Verhalt gekannt hätte. Der Unterschied liegt eben darin, daß bei dem error als Verfehlung gegen klare Gesetze und Rechtsregeln gehandelt worden ist (durch contraventio oder omissio), während bei der andern Gruppe des error dieser nur als eine Erscheinung der nahezu unvermeidlichen Kurzsichtigkeit und Schwäche menschlichen Erkennens und Wollens sich darstellt, welche von der Rechtsordnung nicht gemißbilligt und verworfen wird[2]). Wer z. B. einem filiusfamilias ein Darlehn giebt, oder einen Sklaven als Bürgen für eine Prozeßkaution annimmt, oder das interd. quod vi aut clam binnen Jahresfrist nicht erhebt, der hat gegen bestimmte Rechtsvorschriften verstoßen[3]). Wer aber aus Irrthum etwas als seinen Willen erklärt, was er nicht gewollt hat, oder wer zahlt, was er nicht schuldig ist, begeht zwar auch einen Fehler, aber keine Verfehlung gegen die Rechtsordnung, weil es keinen Rechtssatz giebt, welcher vorschreibt oder gebietet, nur Das als unsern Willen zu erklären, was wirklich gewollt ist, oder nur zu zahlen, wenn wir gewiß sind, daß wir schuldig sind[4]). Ja, die ignorantia, welche den dolus, die culpa lata,

1) Die Unterscheidung bei Windscheid, Pand. §. 79, ob der Irrthum selbst Bestandtheil eines rechtlichen Thatbestands ist, oder die an einen rechtlichen Thatbestand angeknüpften Folgen ausschließt, hat keine prinzipielle Bedeutung, und kann auf Abwege führen, wie die nota 2 und 3 angeführten Beispiele bei W. zeigen.

2) Vgl. §. 26 zweite Note.

3) Die speziellen sind bekannt, die allgemeinen lauten: qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus — und vigilantibus jura sunt scripta.

4) Auch nicht indirekt, d. h. dadurch, daß ein bestimmter Nachtheil gesetzt ist.

die Genehmigung oder Zulassung fremder Handlungen, die stillschweigende Willenserklärung und den Beginn oder den Lauf einer Frist ausschließt, kann in der Regel nicht einmal als Fehler betrachtet werden; sie betrifft meistentheils Dinge, welche man nicht wissen kann, oder nicht zu wissen braucht.

§. 21.

Dieser Gedanke, den Irrthum nach seiner Bedeutung und Wirkung in 2 grundverschiedene Gruppen zu scheiden, ist so einfach und natürlich, daß man sich wundern muß, daß er in der Theorie noch keine durchgreifende Anerkennung gefunden hat; aber noch mehr zu verwundern ist, daß unser großer Meister Savigny, welcher diesen Gedanken Bd. III. S. 329 seines Systems schon ausgesprochen hat, davon keinen konsequenteren und ausgiebigeren Gebrauch machte [1]), und daß alle ihm nachfolgenden Rechtslehrer ihn nicht weiter verfolgt haben.

Und doch erscheint diese Thatsache wiederum sehr erklärlich! Ein einfacher Gedanke hat für den Gelehrten keinen Reiz; nur das Schwierige lockt. Die Geschichte vom Ei des Columbus bleibt in der Wissenschaft immer neu. — Es gab ja bezüglich des error eine Anzahl Stellen, welche dem obigen Gedanken zu widersprechen schienen, und es gab einen tit. de juris et facti ignorantia. Der mußte doch die allgemeinen Prinzipien vom Irrthum enthalten! — Davon ausgehend mühte und quälte man sich seit langer Zeit, die Stellen, welche für den einfachen Grundgedanken sprachen, zu drehen und zu wenden, und die widersprechenden Fragmente aus den Vorschriften jenes Titels zu erklären, bis endlich die sogen. allgemeinen Prinzipien des Irrthums, welche in dem tit. 22, 6 enthalten sein sollten und mußten, den Sieg über die einfache Wahrheit

1) Er beschränkt die Anwendung desselben auf den dolus.

gewannen. Dies gilt ganz vornehmlich von dem Irrthum bei der bona fides, bei aditio und repudiatio hereditatis und von dem error als Voraussetzung der condictio indebiti. Man lese nur die No. XXXV. S. 447—465 in Savignys System. Welche Mühe giebt sich Savigny, den Satz zu begründen, daß die cond. durch Rechtsirrthum ausgeschlossen werde, weil dieser in der Regel ein verschuldeter sei, obschon er S. 363 bei Gelegenheit der stillschweigenden Willenserklärungen sagt: „Die Schuldlosigkeit des Irrthums wird nunmehr ganz gleichgiltig und es verschwindet der Unterschied zwischen dem faktischen und dem Rechtsirrthum, indem auch dieser letzte das Dasein des Willens ausschließt." — Und doch betrifft der Irrthum bei der cond. indeb. lediglich eine stillschweigende Willenserklärung! Cujus per errorem dati repetitio, ejus consulto dati donatio est.

Auch neuere Rechtslehrer haben übersehn, daß in den Pandekten nicht ein einziger Ausspruch zu finden ist, welcher zwischen faktischen und Rechtsirrthum unterscheidet oder den letzteren verwirft, und daß eine wörtliche Auslegung der Reskripte des Codex mit dem Prinzip der Condictio und mit der großen Mehrzahl anderer Stellen strais unvereinbar sich darstellt. Dazu kommt noch die meines Dafürhaltens ganz unbegründete Lehre von entschuldbarem Rechtsirrthum, und die fast allgemeine Annahme, daß die Fragmente des tit. D. 22, 6 die allgemeinen Prinzipien der Lehre vom Irrthum enthalten und in Zweifelsfällen den Ausschlag geben sollen.

Wenn aber — meine ich — ein klares und sicheres Prinzip sich feststellen läßt, da müssen die einzelnen abweichenden Stellen einer einschränkenden Interpretation sich beugen, oder wenn dies ohne Zwang angeht, als positive Ausnahmen für bestimmte Fälle genommen werden.

§. 22.

Es leuchtet ein, — und dies bezeichnet wieder den Unterschied der beiden Gruppen des error —, daß nur der Irrthum, welcher sich als Verfehlung darstellt, einer Restitution bedürfen kann, und daß diese gegen die Nachtheile des Rechtsirrthums, weil dieser nicht nachgesehn werden kann, in der Regel nicht ertheilt wird. Ausnahmen finden statt bei Minderjährigen und Soldaten in weiterem, bei Frauen und homines rustici in einem engeren Umfange [1]).

Dagegen ist eine Restitution bei error, welcher als Mangel des Thatbestands einer Rechtsregel fungirt, rechtlich nicht denkbar; es wird eben regelmäßig wegen ignorantia die Rechtsregel nicht angewendet. Folgen daraus Nachtheile, so treten die dem Rechtsverhältnisse, welches vorliegt, entsprechenden ordentlichen Klagen ein, eventuell eine condictio, oder es hilft eine exceptio doli [2]). Dies wird in dem Folgenden nachgewiesen werden.

Ein weiteres charakteristisches Kennzeichen des Irrthums als Verfehlung besteht darin, daß der Zweifel nicht als Irrthum gilt, auch die Verfehlung nicht entschuldigt, während bei der andern Gruppe des error der Zweifel in der Regel der

1) Vgl. darüber Savigny III. S. 429—440. Unrichtig dürften hier folgende Behauptungen sein: a. der Minderjährige müsse auch bei Rechtsirrthum in Betreff des Titels usukapiren können; b. daß die Frau, wenn ihr das Sc. Vellej. zur Seite steht, noch Restitution bedürfe; sie hat nach c. 9 C. 4, 29 ohne Weiteres die cond. indeb.; c. daß das in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniatur nur von Schenkungen zu verstehn sei (S. 434) wird durch c. 3 C. Theod. 3, 5 nicht bewiesen; die Schenkung wird hier nur beispielsweise erwähnt, resp. der allgemeine Satz konkret verwerthet.

2) In c. 2 C. 2, 33 wird für den Minderjährigen eine Restitution nothwendig, weil ihm wegen Nichtgebrauchs des benef. leg. Falcidiae die cond. indebiti entfällt, l. 9 §. 5 D. 22, 6.

ignorantia gleichgestellt wird. Der ungewisse Erbschaftsgläubiger wird gegen eine nachtheilige Separation sicher nicht restituirt; der Darleiher, welcher darüber in Zweifel ist, ob der Darlehnsempfänger ein filiusfamilias ist oder nicht, wird vergebens auf l. 3 pr. D. 14. 6 sich berufen; wer zweifelt, ob sein Sklave die fremde Sache wirklich gekauft hat, kann nicht usukapiren. Wer dagegen im Zweifel über das Bestehn der Schuld an den Gläubiger zahlt, hat die Rückforderung; der Zweifel, ob die auf einer Messe gekaufte Sache dem Verkäufer gehört rc., schließt noch nicht die bona fides aus, er begründet nicht das Bewußtsein und die Absicht, eine fremde Sache zu erwerben.

Die beiden Hauptgruppen des error, mit welchen ich mich hier beschäftige, unterscheiden sich sonach nicht in dem Begriffe; denn bei beiden kann error sowohl den eigentlichen Irrthum, das falsche Urtheil, das Falschwissen, als auch das Nichtwissen und die Verirrung begreifen. Aber sie unterscheiden sich auch nicht allein durch die Wirkungen, welche von ihnen entstammen, sondern sie gehn hauptsächlich in ihrer Bedeutung und in ihrem Charakter aus einander. Erst diese innere Bedeutung läßt uns die Quelle der verschiedenen Wirkungen erkennen und macht diese Wirkungen erklärlich; sie bedarf daher einer näheren Erwägung.

Der Irrthum zeigt sich jedoch nur dann wirksam, d. h. er wendet die regelmäßigen Folgen der Handlung, Unterlassung oder Erklärung ab, wenn diese Folgen in einem Nachtheil für den Irrenden selbst bestehn. Trifft der Nachtheil einen Andern, so ist der Schade allezeit dem Beschädigten von dem Irrenden zu ersetzen, wenn Jener nach dem bestehenden Rechte (ex lege Aquilia oder aus einem vorhandenen Rechtsverhältnisse) einen Anspruch darauf hat, und eine Verschuldung des Irrenden angenommen werden kann.

§. 23.

Der Irrthum, welchen Savigny als ächten bezeichnet, und welcher von mir als Verfehlung (gegen die Rechtsordnung) charakterisirt worden ist, zeichnet sich durch folgende Kriterien aus. Erstens wird er nur ausnahmsweise berücksichtigt [1]), wenn er entschuldbar erscheint, d. h. in den Umständen des einzelnen Falles eine genügende Rechtfertigung findet [2]) (error justus, probabilis, tolerabilis). Zweitens steht hier allezeit ein Nachtheil des Irrenden in Frage, welcher wieder aufgehoben oder gemildert oder verhindert werden soll; dieser Nachtheil ist Voraussetzung der außerordentlichen Hilfe, welche dem Irrthum angedeihen soll. So wird die Restitution (D. 4, 1) zugesichert, si inciderunt in captionem per justum errorem, — aber nicht propter satis minimam rem vel summam, und endlich: omnes in int. restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur, also nach Erörterung der Umstände des einzelnen Falls [3]). Bei den speziell zugesicherten Restitutionen sagen die Quellen: ex causa succurendum erit, oder noch ausdrucksvoller: si temere [4]) separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, justissima scilicet ignorantiae causa allegata. In einzelnen Fällen tritt eine prätorische Cognition in concreto nicht ein, sondern es wird regel-

1) Bei dem Putativtitel: usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, l. 2 §. 16 D. 41, 4; usucapio interim propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset, l. 5 D. 41, 10.

2) Vgl. nota 3 S. 207. Auch Savigny gebraucht diese Umschreibung der Entschuldbarkeit, z. B. III. S. 388.

3) Praetor — examinat justitiam earum causarum, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit, l. 3 D. 4, 1.

4) D. i. zu ihrem Nachtheil, cf. l. 58 D. 24, 3 und den Eingang der l. 1 §. 17 D. 42, 6. Sonst handelt es sich um den Verlust einer Forderung, einer actio oder exceptio u. s. w.

mäßig unter einer besondern Voraussetzung, welche eine justa causa erroris ausdrückt, dem Irrthum Nachsicht und Hilfe zugesichert, z. B. durch die Replik gegen die exceptio des Sc. Maced. und Vellejanum in l. 3 pr. D. 14, 6 und l. 6 D. 16, 1, durch die Usukapion einer mittelst mangelhaften Rechtstitels erworbenen Sache, u. s. w. [1]). Allezeit aber erkennt man dabei doch ganz klar, daß der Irrthum nur ausnahmsweise nachgesehn werden und den regelmäßigen Folgen des Versehns oder des mangelhaften, ungiltigen Rechtsgeschäfts unter Umständen, die diese Milde rechtfertigen, nicht Raum gegeben werden soll.

Jedoch nur der faktische Irrthum kann nachgesehn werden. Es giebt keinen entschuldbaren Rechtsirrthum, denn die Kenntniß des Rechts ist die nothwendige Voraussetzung der Rechtsordnung.

Aeußerlich wird der (echte) Irrthum als Verfehlung signalisirt durch die Ausdrücke errori venia datur, erranti subvenitur, succuritur, und dadurch, daß regelmäßig die Voraussetzung der Entschuldbarkeit (justus error, ex justa causa, causa cognita, u. dgl.) beigefügt wird. — Auf den Irrthum bei der bonorum possessio und auf den Irrthum des Käufers hinsichtlich der Mängel des Kaufobjekts komme ich später zu sprechen; dieser Irrthum bedarf einer besondern Erwägung.

§. 24.

Die in allen Lehrbüchern aufgestellte Doktrin geht dahin, daß die Entschuldbarkeit des Irrthums darauf beruhe, daß derselbe nicht durch grobe Nachlässigkeit entstanden sei, und daß auch Rechtsirrthum entschuldbar sein könne, wenn er nicht leicht zu vermeiden gewesen sei.

---

1) Durch die protutelae actio; „solent enim magni errores intercedere, ut facile discerni non possit, utrum quis tutor fuerit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit,“ l. 1 pr. D. 27, 5.

Diesen Lehrsatz halte ich für ungenau und resp. für unrichtig. Er wird auf Savigny's Darlegungen im System III. S. 333 u. ff. gegründet, und Sintonis, Civilrecht §. 22 nota 41 hält ihn für klar erwiesen. Ich muß dies bezweifeln, und will diesen Beweis einmal näher prüfen. S. sagt: „Der Grund der günstigen Behandlung des faktischen Irrthums wird darin gesetzt, daß es oft schwer, ja unmöglich sei, ihn zu vermeiden, jedoch mit der natürlichen (?) Beschränkung, daß er Dem nicht zu Gute kommen soll, welcher sich dabei in einer groben Nachlässigkeit befindet." — Ich frage nun, ist denn das schwer Vermeidliche stets durch Sorgfalt und Ueberlegung abzuwenden, existirt dazu eine Verpflichtung, und ist der schwer vermeidliche Irrthum stets unverzeihlich, wenn man sorgfältige Nachforschung nach der Wahrheit, und zur Erforschung Dessen, worauf es ankommt, nicht angestellt hat? Savigny muß diese Fragen bejahen, die Quellen-Aussprüche verneinen sie, wie wir demnächst sehen werden.

Aus der Behauptung S.'s würde sich mit Nothwendigkeit der Satz ergeben: der Irrthum ist nur entschuldbar, wenn er durch Ueberlegung, Sorgfalt und angemessene Thätigkeit eines ordentlichen Menschen (diligens) nicht vermieden werden konnte. Das trifft aber nach den Quellen nicht zu. Wenn Einer im Vertrauen auf die allgemeine Meinung einen filiusfamilias für einen selbstständigen, einen Sklaven für einen freien Menschen hält, wo ist da die Sorgfalt? Warum hat er den Betheiligten nicht befragt, oder sich anderwärts nach seinen Verhältnissen erkundigt? Wenn der Herr einem Sklaven oder Prokurator glaubt, der ihn versichert, daß er eine Sache für ihn gekauft habe, wo bleibt da die Sorgfalt[1])? Warum hat er nicht näher

1) l. 3 pr. D. 14, 6. l. 8. §. 2 D. 2, 8. l. 11 D, 41, 4. l. 5 §. 1 D. 41, 10. Bei error calculi wird niemals gefragt, ob er auf Nachlässigkeit oder Uebereilung beruht; bei der protutelae actio wird ohne alle Nachforschung der Irrthum pardonnirt.

(bei dem Verkäufer z. B.) sich erkundigt? Und in dem Falle der l. 15 §. 5 D. 43, 24 (locus abditus, qui facile non adiretur, sepulcrum etc.), wie kann da überhaupt der Maasstab von Sorgfalt und Nachlässigkeit angelegt werden?

S. beruft sich aber auf ausdrückliche Quellen-Zeugnisse. Das sind: l. 3 §. 1, l. 6, l. 9 §. 2 D. 22, 6. Allein in §. 29 glaube ich nachweisen zu können, daß diese Stellen nur von der scientia als Anfangspunkt einer Frist oder einer Verpflichtung sprechen, und nur besagen, wie diese scientia zu nehmen sei. L. 11 §. 11 D. 11, 1 handelt von der interrogatio in jure, und von culpa dolo proxima; das Geständniß erzeugt hier einen formalen Verpflichtungsgrund, und es ist von culpa in einem Quasi-Kontraktsverhältniß die Rede, die Stelle hat also für unsere Frage keine Beziehung. L. 3 pr. D. (Sc. Maced.) 14, 6 spricht von vana simplicitas im Gegensatz zu der allgemeinen Meinung (quod plerisque paterfam. videbatur), nicht von Nachlässigkeit oder Sorgfalt; l. 15 §. 1 D, 18, 1, l. 14 §. 10, l. 55 D. 21, 1 sind nicht von Nachlässigkeit überhaupt zu verstehn, wie in §. 27, resp. 29 dargethan werden wird. Endlich l. 3 §. 7, l. 4 D. 43, 24 (quod vi aut clam) besprechen das clam facere, welches angenommen wird, si modo controversiam timuit aut debuit timere. Auch hier taucht kein Gedanke an Nachlässigkeit auf, vgl. §. 29 a. E.

Sintenis §. 22 nota 43 meint: „Die Nachlässigkeit wird hier als eine grobe geschildert (l. 3 §. 1, l. 6, l. 9 §. 2 D. 22, 6); im Allgemeinen läßt sich so wenig, wie zur Erkenntniß der culpa lata, auf welche es hier hinauskommt, ein bestimmter Maasstab anwenden.“ — Dagegen ist einzuwenden, daß es für culpa lata allerdings einen Maasstab giebt, das ist die Kenntniß des Nachtheils, welcher dem Gegentheil zustoßen muß oder zuzustoßen droht, und die Nichtabwendung des Nachtheils

aus Nachlässigkeit[1]). Diese Grundsätze aber von der culpa beziehen sich allezeit auf die Benachtheiligung oder Schädigung eines Andern, mit welchem man in einem Rechtsverhältniß steht, oder auf Grund der lex Aquilia. Sie passen also gar nicht auf den Irrthum, bei welchem nur der Schade in Frage kommt, welcher den Irrenden selbst trifft. Hier kann nicht culpa lata und levis unterschieden werden, der Schade trifft immer den Irrenden, denn er ist durch seine eigne Schuld, oft jedoch ohne Verschuldung, entstanden. Nur wenn error eine Unterlassung aus Versehn, Uebereilung, Vergessenheit bedeutet, kann unter Umständen eine Nachlässigkeit zu Grunde liegen; nicht aber wird in jedem Falle eine solche Unterlassung als Nachlässigkeit behandelt, sondern nur dann, wenn die Rechtsvorschriften Thätigkeit und Sorgfalt erfordern.

Wenn ist denn nun Unwissenheit und Irrthum entschuldbar? Wenn die Umstände des Falles so gestaltet sind, daß auch andere Menschen in den Irrthum verfallen sein würden; wenn nicht alle, so doch die Mehrzahl, wenn nicht die klügsten und einsichtigsten, so doch Menschen von Einsicht und Umsicht nach einem Durchschnittsmaaße. Die Quellen bezeichnen als unentschuldbar den Irrthum Desjenigen, qui scire potuisset[2]), fordern aber nur ausnahmsweise ein Nachforschen (rem diligenter explorare und inquirere) von vorn herein[3]), vielmehr gnügt ihnen das (sorglose) Verlassen auf die allgemeine Meinung, auf die Versicherung eines Andern über eine uns fremde Thatsache, die an sich nicht unglaubwürdig nach

1) Vgl. Hasse, die culpa §. 22. 40. 41 und Sintenis selbst. Civilr. §. 101 nota 44.

2) l. 19 D. 14, 6: Julianus scribit, Sc. Mac. exceptionem nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset, filiumfam. esse eum, cui credebat.

3) In alieni facti ignorantia tolerabilis error est, l. 5 D, 41, 10, cfr. l. 42 D. 50, 17.

Inhalt und Persönlichkeit [1]), auf ein allgemein verbreitetes, an sich nicht unglaubhaftes Gerücht, auf den unmittelbaren Eindruck, den die Umstände einer Thatsache auf uns machen (der sogen. gute Glaube), und sodann gnügt ihnen die große Schwierigkeit, Das zu erfahren und zu wissen, um was es sich handelt [2]).

§. 25.

Vom Rechtsirrthume meint S., er werde deshalb ungünstiger behandelt, weil dabei dem Irrenden stets der Vorwurf großer Nachlässigkeit treffe. Es könne Jeder die Rechtsregel entweder selbst wissen, oder durch Erkundigung bei Rechtsgelehrten leicht erfahren. — Hiernach giebt es nach meiner Ansicht gar keinen entschuldbaren Rechtsirrthum, und S. reduzirt selbst ihn auf seltene Fälle. Diese Fälle sollen begreifen den Irrthum in Betreff controverser Rechtssätze und bei schwieriger Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel. — Die Folge dieser Sätze würde sein, daß Derjenige, welcher geirrt hat, günstiger von dem Richter behandelt würde, als der Gegentheil, welcher die richtige Ansicht gehabt hat [3]). Die letzte Instanz müßte entscheiden: Deine Rechtsansicht ist nicht richtig,

---

1) Vgl. die Stellen unter Note 1 S. 216 oben (omnium consensus — quod plerisque videbatur — si persuaserit ei, se emisse).

2) l. 2 pr. D. 38, 15. l. 2 D. 27, 6. l. 15 §. 5 D. 43, 24 (quia hic rumor perrepserat — et si ei dictum et bona fide non credidit — si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa in sepulcro, vel in abdito alio loco, sub terra vel sub aqua vel cloaca).

3) Dem Bürgen, welcher aus Rechtsirrthum für eine ungiltige Bürgschaft (inutiliter obligatum) gezahlt hat, steht kein Regreß gegen den Schuldner zu. Wenn nun dieser Irrthum einen controversen Rechtssatz betrifft, so soll der Schuldner die Controversität büßen, und durch den Fehler des Bürgen in Schaden kommen? Man denke ferner an eine Usukapion auf Grund eines controversen Rechtssatzes; soll der Eigenthümer büßen, wenn er in Vertrauen auf die richtige Ansicht nicht vindicirt hat?

aber weil der Rechtssatz controvers oder die Subsumtion schwierig war, so sollst Du Recht behalten, und Dein Gegner, obschon die richtige Rechtsansicht für ihn spricht, soll den Nachtheil haben, und den Prozeß verlieren. Die Ansicht von S. widerspricht übrigens der Motivirung in l. 2 D. 22, 6: quoniam jus finitum et possit esse et debeat [1]), und es hat S. nicht eine einzige Beweisstelle für seine Ansicht beibringen können. Die aus dem kanonischen Rechte herbeigezogene c. 1 in VI. to 1, 2 spricht von lokalen Gewohnheiten und Statuten, welche selbstverständlich nicht Jedermann zu kennen braucht, und ist darin überhaupt von controversen Sätzen nicht die Rede. Daß nur bezüglich klarer und bestimmter Rechtssätze Unwissenheit nicht entschuldigt werde, beweisen die Beispiele in l. 1 D. 22, 6 keineswegs; sie haben nur die Bestimmung, den Gegensatz zwischen faktischen und Rechtsirrthum darzuthun, aber keine Beziehung auf unsere Frage; c. 9 C. 1, 14 verweist bei dem jus obscurius in legibus ausdrücklich auf die imperatoria interpretatio hin, spricht also nicht für, sondern eher gegen die Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums, (leges ab omnibus debent intelligi lautet der Anfang); l. 48 pr. D. 46, 1 sagt ganz bestimmt, daß Rechtsunwissenheit nicht nachgesehen werde, (quum ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere).

Die Schwierigkeit der Subsumtion anlangend, nimmt Sintenis, Civilr. §. 8 Bezug auf den Ausdruck facti interpretatio in l. 2 D. 22, 6. Dieser an sich schwache Beweis wird aber elidirt durch den Nachsatz: jus finitum esse et possit et debeat. L. 44 pr. D. 41, 3 verwirft geradezu den

1) Das Recht an sich kennt keine Controversen und darf keine anerkennen, weil sonst kein Recht vorhanden ist, sobald das Eine oder das Andere gelten kann. — Heimbach in Weiske, Rechtslex. B. 9 S. 225 behauptet: die Kenntniß unseres gemeinen Rechts könne nur von dem Juristen verlangt werden. — Man denke sich einmal die praktischen Konsequenzen dieses Satzes! Gäbe es dann noch Recht?

Rechtsirrthum bei falscher Subsumtion, wenn man diese darin finden will, daß Jemand eine illegale Adoption für gültig hält. Endlich c. 4 C. 1, 18, l. 37 D. 34, 2, l. 2 §. 1, l. 36 pr. und l. 54 D. 12, 6 beruhen auf dem Prinzipe, daß Niemand sich zum Schaden eines Andern ohne Grund bereichern soll, und daß das irrthümlich (nicht wissentlich und absichtlich) Gegebene mit der cond. indeb. und andern Klagen zurückgefordert werden kann, auch im Falle des Rechtsirrthums. Darüber vgl. man §. 28.

Savigny meint, es sei bei dem Rechtsirrthum alles auf culpa zurück zu führen. — Allerdings, aber nur bei dem error als Verfehlung, und nicht auf culpa im engern Sinne, sondern in der Bedeutung, daß der Irrende die Schuld an dem Schaden, welcher ihn trifft, selber trägt, oft ohne Verschuldung. Rechtsunwissenheit beruht in Wahrheit nicht auf Nachlässigkeit, sondern auf dem Bildungs- und Berufsgange des Menschen. Die Erkundigung bei Rechtsgelehrten unterbleibt weit häufiger in Folge der Unwissenheit, als auf Grund eigentlicher Nachlässigkeit. — Die Stellen, welche S. für seine Ansicht S. 334 nota h anführt [1]), sprechen nicht von Nachlässigkeit, und l. 10 D. 37, 1 in Verbindung mit l. 2 §. 5 D. 38, 15 und l. 9 §. 3 D. 22. 6 behandeln den Rechtsirrthum bei der bonor. possessio und zwar als Privilegium ungebildeter Leute [2]).

Die Ansicht Savignys vom Rechtsirrthum und dessen Entschuldbarkeit ist unvereinbar mit den Aussprüchen: regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere — quod mi-

---

1) Es sind das l. 29 §. 1 D. 17, 1 und die oben §. 24 besprochenen Fragmente.

2) Vgl. §. 29. Außer diesen 3 Stellen giebt es im ganzen Corp. jur. nicht eine einzige, welche von Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums (als Verfehlung) eine Andeutung giebt.

noribus jus ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis dicitur — numquam in usucapionibus juris error possessori prodest — in bonorum possessionibus juris ignorantia non prodest — juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, nec feminis in compendiis[1]). Die Rechtsordnung muß Rechtskenntniß voraussetzen und kann keinen entschuldbaren Rechtsirrthum zulassen, ohne Verwirrung zu stiften. Das deutet auch die oben citirte l. 2 D. 22, 6 an: jus finitum esse debet, und die Privilegien für Minderjährige, Frauen und namentlich rustici lassen gegenüber dem an sich entschuldbaren Irrthum nicht mehr als nothwendiges Bedürfniß sich erklären.

Wenn endlich S. behauptet, Rechtsirrthum und faktischer Irrthum stünden nicht unter einer verschiedenen Rechtsregel, sondern die Beweislast sei nur verschieden, die Nachlässigkeit müsse bei faktischem Irrthum als besondere Thatsache erwiesen werden, während bei dem Rechtsirrthum sie sich von selbst verstehe; so widerspricht dieser Behauptung l. 2 D. 22, 6 ganz entschieden (*Οὐχ ἡ αὐτή ἐστι νόμου καί φάκτου ἄγνοια*, Bas.) und jedenfalls muß als unrichtig angesehn werden, daß der Gegner des Irrenden stets die Nachlässigkeit nachweisen müsse. Denn Nachlässigkeit wird selten das thema probandum sein, sondern dieses umfaßt die Rechtfertigung des Irrthums in den obwaltenden Umständen des einzelnen Falles, und diese Umstände hat offenbar der Irrende zu beweisen, welcher darauf die Begünstigung seiner Verfehlung gründen will.

Bezüglich des Rechtsirrthums, welcher als Negation der

---

1) l. 9 pr. l. 4 D. 22, 6. l. 31 pr. D. 41, 3. l. 2 §. 15 D. 41, 4. l. 44 pr. D. 41, 3. l. 48 pr. D. 46, 1. Man vgl. noch c. 11. 12 C. 1, 18 und c. 1. 2 ib., sowie l. 2 §. 7 D. 49, 14, und l. 1 §. 10 D. 43, 15. Sie alle sprechen aus, daß der error juris schade resp. nicht nütze, ohne die geringste Andeutung, daß es eine Entschuldigung geben könne.

scientia, wo sie Thatbestand einer Rechtsregel ist, sich darstellt, verhält sich natürlich die Sache anders.

§. 26.

Ob die zuletzt erwähnte ignorantia, als Negation der scientia, einen Nachtheil für den Irrenden herbeiführt oder nicht, ist völlig gleichgültig; es kommt eben die Rechtsregel nicht in Anwendung, es mag dies zum Nutzen oder Schaden des Irrenden gereichen. Auch kann solche ignorantia nicht als Verfehlung angesehn werden. Indem die Rechtsregel bestimmt, daß sie nur im Fall der scientia Anwendung leidet, stellt sie dieser Voraussetzung die ignorantia als etwas Gestattetes gegenüber, und diese bewirkt hier oft, daß die betreffende Handlung von dem Vorwurfe der Verfehlung und Verschuldung befreit wird. „Excusata est ignorantia" —, das heißt nicht: sie wird entschuldigt (tolerabilis ignorantia), sondern sie enthebt aller Schuld und Verantwortlichkeit [1]). Außerdem wird in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben, daß in dem Handel und Verkehr, bei seiner drängenden und treibenden Bewegung, Zeit und Ort nicht immer eine reifliche Ueberlegung und Prüfung gestatten, und daß deshalb im Interesse des öffentlichen Verkehrs die ignorantia als etwas Natürliches und Erlaubtes bei gewissen Vorkommnissen angesehn werden müsse, und zwar regelmäßig (ita constitui publice interfuit) [2]). Man kann also von dieser Gruppe des Irrthums nicht sagen, daß er eine Ausnahme von der Regel wirke, daß er ausnahmsweise nachgesehn werde, oder eine Begünstigung erfahre. Hier end-

1) l. 16 §. 1 D. 13, 7. l. 6 §. 8. l. 29 pr. D. 17, 1.

2) l. 4, 5 D. 18, 1. l. 19 D. 46, 2. l. 1 pr. D. 14, 1; l. 44 pr. D. 41, 3. — nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium. — ibi propter assiduam et quotidianam comparationem servorum ita constitui publice interfuit; nam frequenter ignorantia liberos emimus.

lich steht auch der Zweifel dem Nichtwissen und Irren völlig gleich; so lange man nicht überzeugt ist, daß eine Thatsache oder sonst ein Ding sich so oder anders verhalte, so lange ist man noch über den wahren und richtigen Verhalt in Unwissenheit. Ausdrücklich anerkannt wird dies bei der condictio indebiti, aditio und repudiatio hereditatis und bei der Wahl zwischen der actio furti mit der konkurrirenden Commodatsklage [1]).

Es wird nun nachzuweisen sein, in welchen Hauptfällen des error dieser, als Negation der scientia, die Anwendung der Rechtsregel allezeit ausschließt und darum einer Entschuldigung nicht bedarf, also auch error facti und error juris ganz gleich gestellt erscheinen. Dies ist der Fall in folgenden Verhältnissen:

1) Die scientia als charakteristisches Merkmal des Handelns, ist die Unterlage des dolus, der fraus, der Chikane; die ignorantia die Grundlage der bona fides, als Negation des bösen Bewußtseins und des widerrechtlichen oder unredlichen Handelns. Selbstverständlich kann hier error keine Verfehlung involviren, also auch keiner Entschuldigung bedürfen.

a. Bei gewissen Delikten wird rechtswidriger Wille, das Bewußtsein der Rechtsverletzung erfordert [2]), oft in der Formel: sciens dolo malo. Durch die ignorantia wird die Anwendung des Strafgesetzes resp. der Rechtsregel ohne Weiteres

---

1) c. 11 C. 4, 5. l. 13 §. 1. l. 14—17 D. 29, 2. §. 16 J. 4, 1.

2) Savigny, III. S. 338 vgl. mit S. 329. l. 44 pr. D. 23, 2. l. 3 D. 48, 4. l. 3 pr. l. 6 §. 2 D. 48, 15. Paulus, Sent. V. 25. §. 1. l. 108 D. 50, 17: in judiciis poenalibus et aetati et imprudentiae succurritur, bes. bei positiven (mehr polizeilichen) Strafgesetzen. Causam probare bei Gajus I. §. 66—68 bedeutet nicht, den Irrthum rechtfertigen in den Umständen, sondern den Fall (das Vorhandensein) des error nachweisen (cum eam civem Romanam esse crederet); Ulpiani Fr. VII. 4. Coll. XVI. 2, 5.

und regelmäßig ausgeschlossen, auch durch die ignorantia juris, wenn sie nicht das Strafgesetz selbst betrifft.

b. Der civilrechtliche dolus setzt immerdar ein widerrechtliches Wollen, eine absichtliche Schädigung eines Andern voraus. Solche Arglist ist ohne Kenntniß des schädlichen Erfolgs und des wahren Sachverhalts in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung nicht möglich [1]). Die ignorantia facti et juris schließt den dolus und seine Folgen aus, (nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat, l. 2 §. 5 D. 44, 4) [2]). Bei dem Kaufe gilt das wissentliche Verschweigen von Mängeln als dolus (si vero sciens reticuit et decepit emtorem) und verpflichtet zur Leistung des Interesse; die ignorantia enthebt dieser Verpflichtung, wenn sie auch nicht ganz von Verhaftlichkeit (quanto minoris) befreit, in Folge positiver Bestimmungen. Aehnliches gilt von dem Verpachter und Vermiether [3]).

Die mala fides des Besitzers einer fremden Sache ist dolus gegen den wahren Eigenthümer, sie wird definirt als scientia rei alienae [4]). Die ignorantia, daß die Sache einem Andern, als dem Veräußerer gehöre resp. ohne des Eigenthümers Willen veräußert worden ist, involvirt die bona fides. Von Ent-

---

1) l. 43 §. 2 D. 18, 1 cfr. l. 1 §. 2 D. 21, 1.

2) Savigny l. c. S. 329. Hasse, die culpa S. 84. l. 8 §. 8. l. 29 pr. — §. 4 D. 17, 1 (si scientes et prudentes omiserunt, dolo versati sunt), l. 18 §. 1 D. 18, 1 (vel errore — vel dolo). l. 71 §. 8 D. 29, 2. l. 1 §. 2 D. 21, 1 (ignorantia an colliditate venditoris). l. 12 D. 18, 1: nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit; nam tunc ex dolo tenebitur.

3) l. 13 pr. §. 1 u. 6, l. 11 §. 15, l. 21 §. 1 D. 19, 1, l. 19 §. 1 D. 19, 2.

4) l. 43 §. 1 D. 41, 3: patrem non usucapturum, quod filius emit, propter suam vel filii scientiam, certum est. l. 3 D. 48, 15: legis Faviae crimine non tenetur bona fide possessor, i. e., qui ignorabat servum alienum, et qui etc.; et ita de bona fide possessore ipsa lex scripta est, nam adjicitur: si sciens dolo malo hoc fecerit.

schuldbarkeit kann demnach hier nicht die Rede sein und faktischer, wie Rechtsirrthum schließen die Folgen der mala fides aus [1]).

Bei der actio Pauliana sagt das Edikt ausdrücklich: „quae L. T. fraudandi causa scientę te fecit", d. h. nach Ulpian te conscio et fraudem participante. Bei ignorantia des Erwerbers ist die Anwendung des Edikts ausgeschlossen; denn dieses selbst fügt hinzu: interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam [2]).

c. Die scientia als Voraussetzung der Verschuldung (dolus oder culpa) in Bezug auf fremden Handlungen (Seiten der Gewaltuntergebenen). „Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest." — „Is (dominus) autem accipitur scire, qui scit et potuit prohibere; scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem." — „Quoties sciente domino servus vulnerat, Aquilia dominum teneri dubium non est; scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit, teneatur, si non fecerit [4])." Hier giebt es nur Wissen oder Nichtwissen, ein tertium in Mitten ist nicht denkbar, und das Erforderniß der Entschuldbarkeit der ignorantia schon logisch nicht gestattet.

d. Die scientia des Nachtheils, welcher einen Andern treffen muß oder wahrscheinlich treffen wird, ist das Kriterium für die culpa lata. Darauf beruht das Axiom: culpa lata dolo plane comparabitur [5]).

---

1) Ueber bona fides bei der Usukapion und deren Verschiedenheit vom error im Betreff des Titels vgl. Arch. f. civ. Prax. Bd. 58 S. 322 ff., 327 ff.

2) l. 10 pr. §. 2 §. 3 D. 42, 8 (z. B. wenn der Erwerber von den Gläubigern gewarnt worden ist, tritt eine actio in factum ein).

3) l. 50 D. 50, 17. l. 1 §. 1 D. 47, 6 (si familia furtum fecisse dicetur).

4) l. 44, 45 D. 9, 2. l. 3, l. 4 pr. §. 1—2 D. 9, 4.

5) l. 9 pr. §. 1—4 D. 17, 1. Die Ausführung dieser Behauptung

§. 27.

2) Die scientia ist die regelmäßige Voraussetzung einer wahren und wirksamen Willenserklärung [1]). Der Irrthum verhindert die Anwendung der Regel und macht die Erklärung unwirksam. Wenn man wissentlich etwas für seinen Willen erklärt, was nicht gewollt ist, so ist das nichtig als Simulation oder Scherz oder als Lehrmittel u. dgl. [2]). Wenn man aber unwissentlich etwas als seinen Willen erklärt, was in Wahrheit nicht gewollt ist, so ist diese Erklärung unwirksam [3]); denn errantis nulla est voluntas und in totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt [4]). Bei dem Kaufe macht der error in corpore oder in substantia das Geschäft ungiltig [5]). Der Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft sind ungiltig, wenn sie im Irrthum oder im Zweifel über die Delation und die Art derselben erfolgten. — Ja, nicht blos der Irrthum in Betreff des Willens-Objekts, sondern auch der Irrthum im Motive des Wollens, wenn solches sich zu einem rechtlichen Momente erhebt, wird wirksam [6]). Die Regel lautet hier: für jede Vermögensentäußerung fordert die

---

behalte ich mir für eine besondere Abhandlung vor. Einstweilen vgl. Hasse, l. c. S. 84; es gilt hier der letzte Satz von c oben.

1) Hier nur von Geschäften inter vivos. Ueber letztwillige Bestimmungen siehe §. 18.

2) Savigny III. S. 259 ff. l. 3 §. 2 D. 44, 7.

3) Der Irrthum liegt entweder in der Vorstellung, oder in der Erklärung. Dort fehlt das richtige Bewußtsein des Gewollten (des Objekts), hier des Erklärten (der Bezeichnung).

4) l. 76 D. 50, 17. l. 116 §. 2 ib. l. 9, 11 D. 18, 1. Auch hier liegt im error keine Verfehlung, kein imputables Versehn, er ist nichts als eine negative Thatsache.

5) Vgl. Jahrbücher Bd. 15 S. 100 ff.

6) Vgl. l. c. S. 78 ff.

Rechtsordnung einen vernünftigen, von ihr gebilligten Grund oder Zweck. Ein Versprechen (stipulatio)[1]) oder ein Geben ohne causa ist ungiltig oder kann unwirksam gemacht werden. Das Gegebene wird zurückgefordert, das Versprechen mittelst condictio oder exceptio doli entkräftet. Irrthum in der causa steht gleich dem Geben oder Versprechen sine causa. Bei dem Grunde und Zwecke, welcher in der Zukunft liegt, sprechen die Quellen ganz angemessen nicht von error, denn es liegt nur eine Täuschung einer rechtlich begründeten Erwartung (nicht einer blosen Hoffnung)[2]) vor; aber sie behandeln die Sache ganz eben so, wie bei Irrthum in der causa, sie gestatten condictio und exceptio doli, wenn die Erwartung nicht in Erfüllung geht[3]).

3) Die certa et vera scientia ist die Bedingung jeder stillschweigenden Willenserklärung, sei es in Bezug auf eigne Handlungen (consensus) oder in Betreff fremder Handlungen (ratihabitio, patientia oder voluntas). „Non videntur, qui errant, consentire. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error qui imperitiam detegit?" — „nulla voluntas errantis est[4])." Namentlich kann die Verhaftlichkeit für fremde Handlungen aus unserem Stillschweigen nur bei scientia begründet sein. Daraus sind die Regeln entstanden, daß der dominus mit der actio tributoria haftet, si sciente eo servus negotiabitur, d. h. si scit et non protestatur et contradicit[5]); daß der Vater für den fil. familias

1) Ueber das Versprechen im heutigen Rechte vgl. Arch. f. civ. Prax. Bd. 56 S. 397. Die Schenkung ist sich selbst Zweck und Grund.

2) Von bloser Hoffnung sprechen l. 3 §. 7 D. 12, 4, c. 8, C. 2, 20; von einer Liberalität l. 32, l. 65 §. 2 D. 12, 6. Hier ist error irrelevant.

3) l. 6, 7 D. 12, 4. l. 65 §. 3, 4 D. 12, 6.

4) l. 15 D. 2, 1. l. 2 pr. D. 5, 1. l. 20 D. 39, 3. c. 9 C. 1, 18. Savigny l. c. S. 363 ff. Daß auch der Rechtsirrthum den stillschweigenden Verzicht auf ein Recht ausschließt, bezeugt l. 79 D. 31.

5) l. 1 §. 2 D. 14, 4.

haftet, qui scit et non prohibet, negotiari permittere videtur [1]); ferner die Sätze: Qui non prohibet, pro se intervenire, mandare videtur [2]). — Nisi contradicat, consensisse videtur; si praesentes non dissenserunt, vendidisse videntur [3]). — Alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis et inviti nos facere possumus, deteriorem non possumus, und nemo in tali specie conditionem, nesciente me vel nolente, implere potest [4]). Besonders hervor zu heben ist das Axiom: volenti non fit injuria oder nemo fraudetur eos, qui sciunt et consentiunt [5]) mit seinen Anwendungen in l. 19 und 20 D. 39, 3 (si patiente vicino opus faciam, non teneri me actione aq. pl. arcendae), auf den Käufer, welcher wissentlich eine Sache extra commercium oder seine eigne, oder eine fremde oder verpfändete Sache kauft; auf den Pfandgläubiger, welcher wissentlich eine fremde oder verpfändete Sache zum Pfande annimmt [6]). Hierbei wird aus der scientia ein Verzicht auf den Anspruch abgeleitet, welchen man gehabt haben würde, wenn man ignorans gewesen wäre [7]) (auf Eviktion, Entschädigung, Rückgabe des Geleisteten ꝛc.). Die ignorantia läßt also die Regel nicht zur Anwendung kommen, sie verhindert die Schlußfolgerung aus dem Vordersatz auf den

1) l. 7 §. 11 D. 14, 6.

2) l. 60 D. 50, 17. l. 6 §. 2 D. 17, 1.

3) l. 2 §. 2. l. 37 D. 24, 3. l. 12 D. 21, 2.

4) l. 39 D. 3, 5. l. 44 §. 3 D. 35, 1.

5) l. 145 D. 50, 17.

6) l. 4, l. 6, l. 16. l. 62 §. 1 D. 18, 1. c. 7 C. 3, 38, c. 27 C. 8, 45. l. 16 §. 1 D. 13, 7.

7) l. 19 D. 14, 6: exceptionem Sc. Mac. nulli obstare, nisi qui sciret, filiumfam. esse eum, — l. 1 §. 6 D. 27, 6: scienti praetor non subvenit, qui ipse se decepit. c. 11 C. 4, 44: quod eo tempore scierit et consenserit. Savigny III. S. 358 nota b. In anderer Beziehung: quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare, §. 30 J. 2, 1.

stillschweigenden Willen, und folglich kann auf Entschuldbarkeit des Irrthums nichts ankommen.

Damit scheinen aber l. 43 §. 1 D. 18, 1 (si ita in promptu res sit, ut eam emtor non ignoraverit) und l. 14 §. 10 D. 21, 1 (ad eos enim morbos vitiaque pertinere Ed. Aedilitium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit) nicht übereinzustimmen. Allein das scheint nur so; denn in diesen Fragmenten liegt der Nachdruck nicht auf der ignorantia des Käufers, sondern auf dem vitium (morbus), „quod omnibus potuit apparere," — „quod ita in promptu est, ut omnibus potuerit apparere," und diese Fragmente schreiben nur vor, daß der Verkäufer nicht für Anpreisungen und Zusagen von Eigenschaften und nicht für Krankheiten und Fehler haftet, auch solche nicht ausdrücklich zu erwähnen (excipere) braucht, wenn die Fehler so offen am Tage resp. auf der Hand liegen, daß Jedermann ohne Weiteres sie wahrnehmen kann. Es enthalten diese Vorschriften eine positive Einschränkung der weitausgedehnten Verhaftlichkeit des Verkäufers, nicht aber eine Anwendung des Satzes, daß unentschuldbarer Irrthum nicht zu berücksichtigen sei. Dieser Satz würde viel weiter greifen und auch die Verhaftlichkeit des Verkäufers für solche Fehler ausschließen, welche zwar nicht klar zu Tage liegen, aber sofort bei einiger Untersuchung der Waare hätten entdeckt werden können. Zweifelhafter erscheint l. 15 §. 1 D. 18, 1 (ignorantia emtori prodest, quae non in supinum hominem cadit), theils wegen des Platzes, an welchem sie steht [1]), theils hinsichtlich ihres Sinnes. Nach meiner Ansicht soll sie entweder nichts Anderes besagen, als die vorher erwähnten Stellen, oder sie ist eine Fehlgeburt unvorsichtiger Generalisirung. Davon später mehr.

---

1) l. 15 pr. eod. Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est. (Paulus.)

§. 28.

Zu der ignorantia, als Negation der scientia, welche nothwendige Voraussetzung einer stillschweigenden Willenserklärung ist, muß auch der error gezählt werden, welcher bei der condictio indebiti vorausgesetzt wird. Dies bestimmen zuvörderst die Quellen selbst ganz unzweifelhaft [1]): „si quis ignorans indebitum solvit, condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio;“ — „indebitum solutum sciens non recte repetit;“ — „cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est [2]).“ Die eigentliche Grundlage der condictio, das grundlose Haben des Gegners, ist bestimmt angegeben in l. 14, l. 54, l. 66 D. 12, 6 und l. 1 §. 1. 3 D. 12, 7. — Die Präsumtion des donare aus der scientia ist keine Sonderbarkeit der cond. ind., sondern kommt auch auf andern Gebieten vor [3]). Und neben den Condictionen begegnen uns zur Rückforderung bei grundlosem Haben noch andere Rechtsmittel, actio doli, actio in factum, hereditatis petitio und verschiedene Kontraktsklagen u. s. w. (act. funeraria) [4]), namentlich die actio ex emto neben der

1) Besonders Ulpian in l. 1 D. 36, 4: et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. — Si ignoravit, potest condicere — numquid condicere possit, qui jus ignoravit?

2) l. 2 pr. D. 12, 6. l. 53 D. 50, 17. c, 9 pr. C. 4, 5. — Die Präsumtion des Schenkungswillen kann nicht durch Mentalreservation (l. 50 D. 12, 6), wohl aber durch Protestation und Uebereinkunft (l. 2 pr. D. h. t.) ausgeschlossen werden. — Repetere wird in l. 7 D. 22, 6 mit suum petere bezeichnet, cfr. l. 23 §. 1 D. 17, 2: damnum petere, Schaden(ersatz) fordern.

3) l. 12 D. 46, 2, l. 7 §. 2 D. 41, 4, l. 47 D. 38, 1, l. 29 §. 1 D. 39, 5; im Erbrecht lautet die Präsumtion (entsprechend): fidei explendae causa, voluntatem testatoris secutus est. Arch. f. civ. Prax. Bd. 56 S. 374 ff.

4) l. 26, l. 28 D. 4, 3. l. 17 §. 4. 5 D. 14, 3. l. 8 D. 5, 3. c. 4

condictio in l. 23 und l. 62 D. 18, 1, l. 8 D. 18, 4. Hier wird nirgends entschuldbarer Irrthum erfordert, vielmehr unzweifelhaft auch Rechtsirrthum zugelassen. Desgleichen wird bei der cond. sine causa und causa data, causa non secuta kein Gewicht darauf gelegt, ob der Kläger sich hat eine Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit, oder auch einen Rechtsirrthum zu Schulden kommen lassen [1]).

Wie man darin, daß Jemand in gutem Glauben (nesciens) ein indebitum zahlt, eine Verfehlung gegen die Rechtsordnung finden will [2]), ist nicht abzusehn. Es existirt keine Vorschrift, welche die Zahlung eines indebitum zum Fehler stempelt; im Gegentheil die Rechtsordnung bestimmt, daß der, welcher ohne Grund vom Andern empfängt, dies wieder zurück geben soll. In der That fehlt es auch nicht an Beispielen, in denen bei großer Unachtsamkeit und Vergessenheit im Zahlen oder Stipuliren doch die Rückforderung gestattet erscheint, insbesondere auch bei Rechtsirrthum [3]). Und wenn Justinian die cond. auch bei Zahlung im Zweifel über den Schuldbestand zuläßt,

---

C. 1, 18. Jahrb. Bd. 15 S. 91. Beweisend ist ferner der analoge Satz, daß wer per errorem in alieno baut oder sonst nothwendige und nützliche Aufwände macht, Ersatz oder Wegnahme beanspruchen darf, dagegen: praedo de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. l. 27 §. 5. l. 38 pr. D. 6, 1. l. 38 D, 5, 3. §. 30 J. 2, 1.

1) l. 5 D. 12, 7. l. 10, l. 13 D. 12, 4. Wegen Rechtsirrthums wird in l. 32 D. 3, 5 dem Bürgen gegen den Schuldner eine negot. gestorum actio gestattet, weil er Schulden bezahlt hatte, für die er nicht haftete.

2) Savigny sagt: „Der Zahlende hat freiwillig das Geld veräußert"; aber doch in der löblichen und redlichen Absicht, eine Schuld zu tilgen. Uebrigens greift ja die cond. nicht blos beim Zahlen Platz, sondern auch bei grundlosem Haben auf andere Weise, z. B. wenn eine mir gestohlene Sache bei mir deponirt worden und ich sie dem Deponenten (fur) zurückgegeben habe (l. 31 D. 16, 3), wenn man den Besitz einer Sache ohne Grund übergeben hat, und endlich auch, wenn man fremde Münzen in Zahlung gegeben hat, l. 15 §. 1 D. 12, 6. Insbesondere erwäge man die Rückforderung der Schuldurkunde nach gezahltem Darlehn.

3) Arch. f. civ. Prax. Bd. 56 S. 386., S. 372.

so ist das mit der Lehre von entschuldbarem Irrthum als Voraussetzung der cond. völlig unvereinbar [1]). Auch bei der exceptio doli wird solcher Irrthum nicht erfordert; sie beruht auf dem unredlichen oder arglistigen Gebahren des Klägers, daß er fordert, wozu er zwar formell, aber nicht nach der aequitas berechtigt ist. Diesem unsittlichen Gebahren des Klägers im Fordern wird das unsittliche Gebahren des Beklagten im Behalten Dessen, was er ohne rechtlich gebilligten Grund hat [2]), ganz gleichgestellt [3]). Endlich aber könnte, wenn die Rückforderung im Irrthum (als Verfehlung) ihren Grund fände, nach dem Geiste des römischen Rechts dafür keine actio stricti juris (condictio) gegeben sein, sondern wir müßten eine restitutio, actio de dolo, actio in factum u. dgl. angezeigt finden. Alle diese Momente entscheiden dafür, daß bei der cond. indebiti nichts darauf ankommt, ob der Irrthum entschuldbar oder nicht, ob er faktischer oder Rechtsirrthum ist. Ueber die widersprechenden Constitutionen soll in einem besonderen Abschnitte gesprochen werden.

§. 29.

4) Die scientia bedeutet den Anfangspunkt für einzelne Verpflichtungen und für gewisse Fristen, wo dies ausdrücklich geordnet ist. Ich erinnere an die 50tägige Frist für die excu-

1) Daß die solutio indebiti nicht als Versehn und Verfehlung angesehn werden kann, darüber ausführlich Arch. f. civ. Prax. Bd. 56 S. 380 ff.

2) Die Forderung ist jure begründet, aber es ist iniquum, daß sie verfolgt und der Schuldner verurtheilt werde, Gaj. IV, 146. Bei der solutio indeb. geschieht das Empfangen auch jure, aber das Behalten ist iniquum; condictio ex bono et aequo introducta. Deshalb darf man behalten, was pietatis causa gegeben worden, was man nach dem Willen des Testators empfangen hat (ohne Abzug der Quart), wenn eine naturalis obligatio vorhanden, u. s. w. Vangerow, Pand. §. 625. In allen diesen Ausnahmen zeigt sich ein Grund zum Behalten des Gezahlten, welcher rechtlich und sittlich gebilligt werden kann.

3) c. 3 C. 4, 5.

satio der Vormünder, ex quo cognoverunt, se tutores datos [1]), an den Beginn des periculum, ex quo innotuit tutor, se tutorem esse [2]), an die Fristen für Deliberation und Inventarerrichtung [3]), an die Frist für Ansuchung der bonorum possessio, (spatium temporis, quod scientibus praefinitum est — tempus utile est, sc. ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere [4]), an die kurze Verjährungsfrist einzelner Klagen mit tempus utile, l. 6 D. (de calumn.) 3, 6, l. 55 D. 21, 1. Es versteht sich bei dieser scientia von selber, daß sie nur auf Thatsachen sich beziehn kann, daß dagegen eine ignorantia juris, eine Unkenntniß seines Rechts und des betreffenden Rechtsinstituts bei der Zeitberechnung nicht in Rücksicht kommt. Für die bon. possessio ist das ausdrücklich von Paulus ausgesprochen worden [5]). Wenn dennoch Labeo, Pomponius, Ulpian und Paulus unter dieser Kenntniß eine solche verstanden wissen wollen, non quae cadit in jurisprudentes, sed eam, quae quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores assequi potest, so ist hierbei zu bemerken, daß sie lediglich von der bon. possessio dies aussprechen [6]). Hier hat ein solcher Satz Sinn und Raum, weil einestheils hier Nichtwissen dem Nichtkönnen gleichgestellt ist und weil dem Unwissenden nur ein Gegner mit einer Anwartschaft gegenüber steht [7]). Man wende aber den Satz an auf den Rechts-

---

1) §. 16 J. 1, 25. l. 13 §. 9 D. 27, 1.

2) l. 5 §. 10 D. 26, 7.

3) l. 19, 22 C. 6, 30.

4) l. 1 D. 37, 3. l. 2 pr. D. 38, 15.

5) l. 10 D. 37, 1: „in bonorum possessionibus juris ignorantia non prodest.“

6) Wir finden diesen Satz bei keiner andern Gelegenheit wieder, und die ungeschickte Aufnahme in den tit. 22, 6 Seiten der Kompilatoren kann für uns nicht bestimmend sein, ihn zu verallgemeinern.

7) Vgl. Savigny l. c. 436 nota b. Arch. f. civ. Prax. Bd. 57 S. 231 (spes successionis).

irrthum bezüglich des Usukapionstitels, oder bei dem Geständniß und dem Vergleiche, bei dem Ablaufe der kurzen Verjährungsfristen, und man wird sich überzeugen, daß er nicht Platz greifen kann; hier würde der Rechtsirrthum zum Theil Rechtsquelle eines Erwerbes auf Kosten eines Andern werden [1]).

Die fraglichen Stellen sprechen weiter aber nicht von einem entschuldbaren Irrthume als Regel, sondern von einem Privilegium einer gewissen Klasse von Menschen. Bei der bon. poss. soll die Rechtsunkunde als ein die Berechnung der Frist erweiterndes Nichtwissen betrachtet werden, wenn Leute in Frage stehen, welche weder selber die gewöhnliche Rechtskenntniß besitzen, noch Gelegenheit haben, bei Rechtskundigen (jurisconsulti nach Labeo, alii sc. prudentiores nach Paulus u. A.) sich zu befragen, und erst dies Befragen wird als Sache eines diligentior paterfamilias hingestellt. Sonst wird nicht auf negligentia hingedeutet. Es handelt sich also um Leute von einer geringeren Bildungsstufe, die von Intelligenz und Verkehr entfernt wohnen, so daß sie keine copiam eorum, quos consulerent, gehabt haben. Dies sind die sogen. rustici und vermuthlich auch Frauen. Savigny sagt S. 436 nota b: „Bei sehr ungebildeten Menschen wird es leicht selbst an der Ahnung fehlen, daß Formen (Vorschriften) zu beobachten und Rath einzuholen sein möchte," und bekannt ist ja, daß rusticitas und imperitia (juris) häufig neben und für einander gebraucht werden [2]). Daß die römischen Juristen hier nicht ein-

1) Vgl. noch l. 40 D. 26, 7: nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur, quam in bonis militum; — privilegium militum in alienam injuriam porrigi non oportet.

2) Die fraglichen Aussprüche der Juristen unter Hinzunahme des quod raro accipiendum est des Labeo stehn im Einklang mit si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem vel feminium sexum jus suum possit, l. 2 §. 7 D. 49, 14, si forte per imperitiam vel per rusticitatem ignarus edicti vel Sc. aperuit, l. 3 §. 22 D. 29, 5, si per imperitiam vel rusti-

fach den Ausdruck rustici etc. gebraucht haben, erklärt sich aus dem Zusammenhange ihres Ausspruchs mit der bonor. poss., bei welcher das nescire dem non posse an die Seite gestellt ist [1]). Ich glaube auch, daß Constantius in c. 8 C. 6, 9 den Ausspruch der Juristen über die Rechtsunkunde in meinem Sinne aufgefaßt hat. Ist in den besprochenen Stellen von rusticitas (imperitia) die Rede, so wurde ihr vom Prätor durch eine restitutio in integrum br. m. bei Ertheilung der bon. possessio Hilfe gewährt. Constantius hat nun in der citirten const. durch Beseitigung der Restitution eingegriffen und als Regel festgestellt, nachdem die formelle Ansuchung der bon. poss. aufgehoben worden (§. 10 J. 3, 9, c. 9 C. 6, 9): „sciat sibi non obesse, si per rusticitatem, vel ignorantiam facti, vel absentiam vel quamcunque aliam (justam) rationem intra praefin. temp. bon. poss. minime petiisse noscatur; quoniam haec sanctio hujusmodi consuetudinis necessitatem mutavit [2]).“ Hiernach kann bei der bon. possessio nicht gesagt werden, daß entschuldbarer Rechtsirrthum nachgesehn werde, sondern es wird hier, wie auch anderwärts [3]), der rusticitas ein Privilegium für Rechtsunwissenheit eingeräumt,

---

citatem fecerit, l. 7 §. 4 D. 2, 1; cfr. l. 8 §. 2 D. 2, 8, l. 2 D. 2, 5, l. 1 §. 15 D. 25, 4; l. 3 §. 18 D. 26, 10, l. 6 §. 19 D. 27, 1.

1) Hier kann das Erkundigen auch bei den Thatsachen zur Vorschrift werden, (vgl. weiter unten). Man sieht, die röm. Juristen haben für die rusticitas nach der Eigenthümlichkeit des Verhältnisses besondere Wendungen; rustici, humiles et illiterati — rusticitas, segnitia, simplicitas — rusticitas et imperitia und wieder rusticitas allein. Vgl. die Stellen in voriger Note.

2) Ueber den Schlußsatz vgl. Savigny III. S. 406. Ich bin anderer Meinung und beziehe ihn auf die Abschaffung der besonderen Restitution im einzelnen Falle. — Den Frauen wird die ignor. juris nicht mehr nachgesehn, c. 6 C. 6, 9 und c. 3 C. 1, 18. Früher waren sie mehr begünstigt, vgl. Savigny III. S. 432, 433 nota a—c.

3) Savigny III. S. 436.

das heut zu Tage wohl nur selten noch in Anwendung kommen wird.

Aber auch bezüglich der ignorantia facti kann hier nicht von einem entschuldbaren Irrthum gesprochen werden, wie dies unsere Kompendien thun, insonderheit nicht in dem Sinne, daß eine Nachlässigkeit vorliege, wenn man nach den betreffenden Thatsachen, um deren Kenntniß es sich handelt, nicht geforscht, gefragt und gespürt habe. Von der scientia tutoris wird gesagt: Innotescere autem qualiterqualiter sufficit, non utique testato eum conveniri; nam etsi citra testationem, sc. undecunque cognovit, nulla dubitatio est, quin debeat periculum ad ipsum respicere [1]). Die c. 5 C. 5, 38 bestimmt: si tutorem te constitum esse, non ex remissioris negligentiae vitio, sed justae ignorationis ratione non didicisti, periculo ejus temporis, quod te ignorante transmissum est, non teneberis. In diesen Stellen liegt folgende Bedeutung: Niemand ist verpflichtet, ohne alle Veranlassung zu erforschen und sich zu erkundigen, ob er vielleicht irgend wo und für irgend wen zum Vormund bestellt sei. Wenn er aber eine einigermaaßen glaubhafte Kunde davon erhält [2]), so ist er allerdings gehalten, näher nach dem Sachverhalt sich zu erkundigen und kann sich nicht damit entschuldigen, daß ihm keine förmliche oder officielle Benachrichtigung zugegangen sei, oder daß er keine eigene Wahrnehmung bezüglich der Vormundsbestellung gemacht habe.

Bei der bonor. possessio wird gesagt: „si, quum initio cognovisset, eum intestatum decessisse, postea quasi cer-

---

1) l. 5 §. 10 D. 26, 7. l. 6 eod. lautet: hoc autem, quod cognovit tutor, pupillus probare debebit.

2) l. 2 D. 27, 6: si ignoraverit, et si dictum sit et bona fide non crediderit, d. h. der Eindruck, den die Umstände des Falles auf ihn machten, ließ es ihm nicht glaubhaft erscheinen.

tiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat. Idem in contrarium accipi potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat." — Erbschaften nachzuspüren, die ihm zufallen möchten, dazu ist Niemand verpflichtet, ja nach Analogie der c. 30 C. 2, 3 kann ein solches Nachspüren als odios angesehn werden [1]). Allein wenn einem Betheiligten eine nicht ganz unglaubhafte Nachricht zugeht, dann beginnt die Pflicht des Nachforschens; aber er darf auch davon wieder abstehn, wenn ihm eine glaubhafte Nachricht vom Gegentheil zugeht. Er kann sich nur nicht damit entschuldigen, daß er nicht gewußt habe, quod omnes in civitate sciunt, weil angenommen werden muß, daß ein solch' allgemeines Gerücht auch zu ihm gedrungen sein werde [2]), noch kann er sich damit entschuldigen, daß er es nicht geglaubt habe, denn er hatte Anlaß, rem diligenter inquirere und konnte sich sichere Kenntniß verschaffen (rem notam habere). So ist l. 9 §. 2 D. 22, 6 zu verstehn. Endlich ordnet l. 55 D. 21, 1 [3]): „non videbitur experiundi potestatem habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit; non idcirco tamen dissolutam ignorationem emtoris excu-

---

1) Savigny IV. S. 435. Dies bezeichnen die Worte scientiam neque curiosissimi = curiosi — scrupulosa inquisitio, delatoria curiositas. Das curiosus esse ist außerhalb von Vertrags- (resp. Quasivertrags-) Verhältnissen keine Verpflichtung, l. 19 D. 46, 2 (si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur); dagegen curiosus debet esse creditor, quo pecunia vertatur, ne credulitas debitoris domino obsit, l. 3 §. 9 D. 15, 3.

2) Der Gegner hat zu beweisen, wenn die erste Kunde dem Vormunde oder dem Berufenen zugegangen ist, und diese haben zu beweisen, daß sie ohne ihre Schuld diese Kunde nicht beachtet haben oder nicht beachten konnten. Vgl. S. 237 nota 1.

3) c. 2 C. 4. 58 hat nichts mit unsrer Stelle zu schaffen; dagegen l. 19 §. 6 D, 21, 1, in welcher Ulpian von scientia nichts erwähnt. Ob nicht Papinian in l. 55 cit. eine abweichende Ansicht ausgesprochen hat? Vgl. unten §. 32.

sari oportebit.“ Wer einen Sklaven kauft, von dem nicht genügend bekannt ist oder noch nicht der Ruf geht, daß er ein entflohener Herumtreiber ist, hat keine Verpflichtung nach seinem Lebenslaufe zu forschen; sobald aber irgend eine Kunde über dessen Antecedentien ihm zugeht, ist er veranlaßt, weiter zu forschen und eventuell Klage zu erheben, damit ihn nicht die kurze Verjährung überrasche.

Hiernach kann bei der scientia als Anfangspunkt einer Frist oder einer Verpflichtung weder von einem entschuldbaren Rechtsirrthum die Rede sein, es giebt nur ein Privileg der rusticitas, noch von einem entschuldbaren faktischen Irrthum. Die scientia beginnt mit jeder nicht ganz unglaubhaften Kunde, wie und woher sie auch uns zukommt; sie erfordert nicht eine förmliche oder officielle Benachrichtigung, oder eigene Erfahrung [1]). Unterläßt der Betheiligte nähere Nachforschung nach solchem Anlaß, so hat er sich den daraus hervorgehenden Nachtheil selbst zuzuschreiben, er wird homo negligentissimus von Labeo genannt, und sein Verhalten wird mit nimia securitas bezeichnet.

§. 30.

In der Mitte zwischen scientia und ignorantia liegt der Zweifel, der Zustand, in welchem wir uns nicht entscheiden können [2]), ob sich die Sache so oder anders verhält, ob eine Thatsache wahr oder nicht wahr ist. Ein solcher Zustand kann niemals für einen justus error gehalten werden; er rechtfertigt nicht, daß man darauf hin, und ohne weiter zu untersuchen

1) So ist auch bei dem clam facere (l, 3 §. 7. 8 D. 43, 24) zu verstehen si modo timuit controversiam (si scit) und si debuit timere (wenn er irgend eine Kunde davon oder einen sonst genügenden Anlaß hatte, Widerspruch zu besorgen).

2) mens titubans — anceps animus — incertus animus, c. 11 C. 4, 5.

und zu erwägen, eine uns verpflichtende oder sonst nachtheilige Handlung oder Unterlassung bewirkt, und begründet nicht den positiven Glauben an ein rechtmäßiges Handeln. Der Zweifel kommt uns also nicht zu Gute bei dem Irrthum als Verfehlung (echten Irrthum). Auch bei dem Irrthum, welcher den Mangel der scientia, als Thatbestand der Rechtsregel, indicirt, kann nach dem Inhalte und Gegenstande der scientia zuweilen der Zweifel ausgeschlossen erscheinen; es giebt dann nur ein scire und nescire als reine faktische Gegensätze. Wo aber dazwischen der Zweifel noch stehen und wirksam werden kann, gilt nach m. M. folgender Satz: Der Zweifel ist der ignorantia gleich zu achten; aber er hört auf, Zweifel zu sein, sobald ein äußerer Anlaß das Gleichgewicht der Gründe für und wider aufhebt[1], d. h. in hinlänglicher Weise uns darauf aufmerksam macht, wie die Sache sich verhalten kann. Darin liegt eine Mahnung zur weiteren Prüfung und Ueberlegung. Dies gilt insonderheit von dem dolus und der mala fides. Diese Ansicht leite ich aus folgenden Stellen ab: l. 11 D. 16, 3 (servus deposuit): nec ulla causa intervenit, quare putare possit, dominum reddi nolle, hoc est, si suspicari potuit, justa sc. ratione motus; ceterum sufficit bonam fidem (ignorantiam) adesse; l. 31 §. 1 eod.: quodsi ego (dominus) ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit (praedo et fur); ferner aus c. 17 C. 3, 32. Die mala fides beginnt hiernach, wenn der wahre Eigenthümer den volentem ad emtionem accedere, per denuntiationem admonuerit, quod distrahentis fundus non fuerit. Von der actio Pauliana sagt l. 10 §. 3 D. 43, 8:

1) Dies ist nicht der Fall nach l. 2 D. 27, 6: si dictum sit ei, et bona fide non crediderit, vgl. S. 237 nota 2. Zwei Fälle sind hier denkbar; die Mittheilung ist an sich oder in dem Munde des Ueberbringers nicht glaubhaft, oder es sind Umstände und Thatsachen vorhanden, welche der Mittheilung widersprechen und ihre Glaubhaftigkeit aufheben.

„non enim caret fraude, qui testato conventus perseverat rem a debitore emere.“ Doch genügt auch jede andere nicht unglaubhafte Kunde, und jede andere das Schwanken hebende Thatsache. Wenn der Zweifel aufhört, Zweifel zu sein, darüber entscheidet natürlich nicht die subjektive Meinung und Behauptung des Zweifelnden, sondern darüber befindet der Richter nach seiner aus den Umständen des einzelnen Falles sich ergebenden Ueberzeugung. Speziellere Regeln erscheinen unstatthaft und unpraktisch.

§. 31.

So sind wir denn zu dem Resultate gelangt, daß da wo die scientia einen Thatbestand der Rechtsregel bildet, insonderheit wo sie den Anfangspunkt einer Frist oder einer Verantwortlichkeit bezeichnet, jegliche ignorantia ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit (auch Rechtsirrthum) die Anwendung der Rechtsregel und die darin geordneten Folgen ausschließt. Nur ist bei dem Deliktsdolus die Unkenntniß des betreffenden Strafgesetzes ausgenommen. Die l. 6 D. 22, 6 (ad legem Juliam et Papiam; cfr. l. 44 pr. D. 23, 2) enthält weder einen Widerspruch, noch eine Ausnahme. Sie bezeichnet, übereinstimmend mit den Vorschriften über die Auffassung der scientia bei der bonorum possessio, nur den Anfang und die Bedeutung von scientia. Es wird von dem Senator, wenn er heirathet, keine delatoria curiositas, d. h. kein ängstliches und sorgfältiges Nachspüren (nach den Antecedentien seiner Ehefrau), wie das ein delator fiscalis anzustellen pflegt, erfordert, aber er darf auch, wenn ihm irgend eine nicht ganz unglaubhafte Kunde darüber zu Ohren kommt, sich nicht dabei beruhigen und indolent verhalten (nimia securitas und crassa negligentia), sondern er hat Veranlassung, der Sache näher nachzuforschen (inquisitio, aber nicht scrupulosa anzustellen).

Dafür, daß auch der Rechtsirrthum die scientia als Thatbestand der Rechtsregel ausschließt, haben wir ausdrückliche Zeugnisse bei dem Delikts-Dolus [1]), bei der bona fides [2]), bei der Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft, und bei der condictio indebiti [3]). Die letztere indessen kennt einige Ausnahmen, zufolge deren bei Rechtsirrthum die Rückforderung wegfällt. Diese entstammen der prinzipiellen Grundlage der Condiktion; denn wenn Jemand aus Pietät eine dos bestellt, oder das zahlt, wozu eine naturalis obligatio vorhanden, wenn Jemand leistet, ohne von der exceptio Sc. Macedon., von dem beneficium divisionis, competentiae oder legis Falcidiae Gebrauch zu machen [4]), so erklärt sich der Wegfall der Rückforderung daraus, daß man vom Beklagten nicht sagen kann, er habe ohne allen Grund das Gezahlte; das Behalten ist hier nach Billigkeit und Sittlichkeit nicht verwerflich [5]). Der Irrthum veranlaßt hier das Erscheinen einer justa causa, und ist hier nicht als Gegensatz zum sciens indebitum solvere aufzufassen [6]). Es wird deshalb zwischen faktischem und Rechtsirrthum unterschieden, und wegen des ersten die Rückforderung gestattet, z. B. bei unterlassenem Abzug der Quart [7]),

1) §. 1 J. 4, 2, §. 5 J. 2, 6.

2) l. 25 §. 6 D. 5, 3. l. 36 §. 1, l. 37 D. 41, 3.

3) l. 15, l. 17 pr. D. 29, 2 — l. 1 pr. D. 36, 4. c. 5 C. 4, 5.

4) Vangerow, Pandekt. §. 625 Anm. 1. I. a—d.

5) Anders bei dem Sc. Vellej.; hier ist eine injusta causa vorhanden, eben so bei den reprobirten Schenkungen.

6) Wie z. B. auch, wenn man wissentlich ein ungiltiges Legat oder Fideikommiß entrichtet, in Erfüllung des Willens des Testators, l. 62 D. 12, 6. c. 2 C. 6, 42. l. 9 §. 5 D. 22, 6 (si non per errorem solutum sit fideicommissum, quod indebitum fuit, non posse repeti).

7) Davon sprechen c. 9 C. 6, 40, c. 2 C. 2, 33 (letztre von einem plus quam debitum solutum nach c. 9 cit. zu verstehn), und l. 9 §. 5 D. 22, 6 (die zwei ganz verschiedene Fälle umfaßt, nämlich: si non per errorem fideicommissum, quod indebitum fuit, solutum est, repeti non

bei dem Nichtgebrauch der exc. Sc. Macedoniani. In diesem Falle erschien es doch bedenklich, das Behalten des irrthümlich Gezahlten zu billigen, z. B. wenn bei Auszahlung von Legaten der Erbe in der Berechnung des Erbschaftsbetrags sich geirrt hat, oder noch hinterdrein unbekannte Gläubiger sich melden. Der in l. 9 §. 5 D. 22, 6 angeführte Grund: nec stultis solere succurri, sed errantibus trifft weder das Wesentliche, noch ist er in solcher Allgemeinheit richtig [1]).

Wo jedoch für das Behalten ein billiger Grund mangelt, da muß die condictio auch beim Zahlen oder Versprechen aus Rechtsirrthum zugelassen werden. Und so ist es in der That nicht nur bei der condictio, sondern auch bei andern Klagen, die auf derselben Grundlage beruhn, z. B. l. 8 D. 5, 3: legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, quum ignorabat vires testamenti, judicium defuncti secutus est, cfr. c. 4 C. 1, 18; l. 14 §. 11 D. 11, 7, l. 37 §. 2 D. 21, 2 [2]). Und wenn Paulus (l. 17 §§. 4. 5. D. 14, 3) sagt: „nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram; — ex hac causa etiam condici posse verum est —;" so ist damit doch sicher ausgesprochen, daß auf die Eigenschaft des Irrthums Seiten des Benachtheiligten nichts ankommen kann. Es ist hier unter dolus nicht Betrug oderböswillige

---

potest, und quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio non usi sunt, sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse).

1) Vgl. die Regelung der Beweislast zu Gunsten der simplicitas in l. 25 §. 1 D. 22, 3, das Privileg der rusticitas, die vielen Stellen, in denen Rechtsirrthum für unschädlich erklärt wird, l. 47 D. 38, 1. l. 8 D. 5, 3. c. 4 C. 1, 18. l. 32 D. 3, 5. l. 79 D. 31.

2) l. 5 §. 1 D. 19, 1. l. 51 pr. D. 2, 14 (sed si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit — und si, quum te ex causa legati debere pacisci debitori tuo existimas, pactus sit, ne ab eo peteres). Die Erklärung Savigny's III. S. 449 ff., daß ein unverschuldeter Rechtsirrthum (zweifelhafter Rechtssatz) oder dolus des Gegners vorliege, erscheint nicht haltbar.

Täuschung zu verstehn, sondern Paulus meint damit das unredliche, habsüchtige Gebahren, wenn man mit dem Verluste des Andern ohne Grund sich bereichert hat, und solchen unanständigen Gewinn nicht zurückgeben will. Ob der Verlust (Hingabe) aus faktischem oder Rechtsirrthum erfolgt ist, muß sicher hier ganz gleichgiltig sein.

§. 32.

Mit dem Grundsatze, daß der die Anwendung der Rechtsregel, welche scientia voraus oder überhaupt setzt, verhindernde Irrthum einer Entschuldigung nicht bedarf, und daß auch Rechtsirrthum diese Wirkung haben muß, stehen folgende Stellen nicht im Einklang:

c. 2 C. 1, 18 (ignorantia juris facile excusari non potes, si hereditati matris tuae renuntiasti);

c. 10 C. h. t. (cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio);

c. 6 C. h. t.: si indebitam, errore facti, olei materiam spopondisse — animadverterit — condicentes audiet.

c. 6 C. 4, 5: si per ignorantiam facti non debitam quantitatem pro alio solvisti —.

c. 7 C. eod.: Fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse, explorati juris est.

Welche Stellung hat nun die Wissenschaft zu diesen Fragmenten einzunehmen? — Da giebt es zwei Auswege nur. Entweder wir interpretiren diese Stellen in der Weise, wie dies von mir im ersten Aufsatze S. 87 und S. 95—99 geschehn ist, und Jeder, welcher unbefangen an unsere Frage heran tritt und das Prinzip der repudiatio hereditatis und der condictio indebiti nicht außer Acht läßt, wird zugeben müssen, daß jene Interpretation weder gezwungen, noch sonst unpassend erscheint. Oder wir müssen diese vereinzelten Aussprüche gegenüber den

sämmtlichen bezüglichen Stellen der Pandekten und des Codex, welche den Rechtsirrthum nicht verwerfen, sondern indirekt und ausdrücklich anerkennen, ignoriren bez. verwerfen. Dies dürfte sich durch folgende Erwägung rechtfertigen. Die obigen Kaiser-Erlasse stammen sämmtlich aus der Zeit vom J. 243, 295—304 und 305. Die Reskripte aus früherer Zeit c. 1 C. 4, 5 (pecuniae indebitae per errorem solutae), und c. 2 eod., ja selbst die gleichzeitigen c. 3 eod. (indebita quantitas ab ignorante repeti possit), c. 4 (ab ignorante etiam indebita soluta), c. 5 eod. (quidquid indebitum per errorem dedisti) unterscheiden nicht zwischen faktischem und Rechtsirrthum. Da zu dieser Zeit Papinian und Ulpian nicht mehr lebten, so bleibt nur Paulus als der einflußreichste Jurist uns übrig. Von diesem wissen wir nun, daß er ein liber singularis de juris et facti ignorantia geschrieben hat. Es ist daher gar nicht unwahrscheinlich, daß Paulus versucht hat, eine allgemeine Lehre vom Irrthum aufzubauen, denselben auf gewisse Prinzipien zurückzuführen und allgemeine Regeln aufzustellen [1]). Davon giebt uns l. 9 pr. D. 22, 6 eine Probe: „regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere," ferner die Charakterisirung der facti ignorantia in §. 2 ib. Dabei scheint ihm passirt zu sein, was auch unseren Rechtslehrern begegnet ist, daß er bei dem Bestreben nach allgemeinen Regeln zu ausbündig und unvorsichtig generalisirt hat, und die wesentliche Verschiedenheit des Irrthums als Verfehlung und als Hinderniß der Anwendung einer

1) Schon Papinian hat einen Anlauf dazu genommen, (vgl. l. 7 und 8 D. 22, 6 und Savigny III. S. 351). Wenn die Erklärung des benigne in l. 1 D. 36, 4 bei Savigny S. 462 richtig wäre, so würde man auch bei Ulpian schon eine Trübung des Gesichtspunkts vermuthen dürfen; allein benigne bezeichnet nicht eine überhaupt billige oder nachsichtige Interpretation, sondern die Wahrung der aequitas im Gegensatz zur subtilitas verb. oder juris, vgl. l. 25 D. 39, 5, l. 20 D. 12, 1, l. 53 D. 12, 6 a. E.

Rechtsregel, welche vor ihm die Juristen zwar nicht hervorgehoben, aber mit richtigem Takte beachtet hatten, verkannt oder übersehn hat [1]). Dafür giebt Paulus uns einen Beweis in der viel besprochenen l. 25 pr. D. 22, 3, wo er eine Beweispräsumtion aufstellt, welche zu dem Wesen und der Bedeutung des error bei der cond. indeb., wie die Faust auf das Auge paßt, und vielleicht auch in l. 15 §. 1 D. 18, 1: ignorantia emtori prodest, quae non in supinum hominem cadit [2]). Hieraus scheint dann mehr und mehr eine prinzipwidrige Auffassung des Rechtsirrthums bei einigen Rechtsmaterien, besonders bei der cond. indeb. hervorgegangen zu sein, indem man ihn als echten Irrthum behandelte. Dafür spricht auch folgende Thatsache: Hadrian und seine Mitkaiser hatten reskribirt [3]): ei, qui per errorem se detulit, quum capere solidum posset, non nocere hoc; daraus folgte: non obesse errorem cuiquam, quod ignotus juris sui ipse se detulit, l. 2 §. 7 eod. — Die späteren Kaiser dagegen bestimmten anders: „extat rescriptum, ex quo videtur, posse defendi, ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem vel propter sexum femininum jus suum possit." Die Aehnlichkeit dieser Idee mit der, welche Paulus in l. 25 pr. §. 1 D. 22, 3 [4]) ausführt, läßt sich nicht verkennen; aber es läßt sich auch nicht verhehlen, daß jener Gedanke in beiderlei Beziehung weder im Rechte, noch in der Vernünf-

1) Hierher kann auch gehören Coll. l. Mos. et Rom. I. §. 12 (Modestinus): Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus j. c. venia tribui solet, si modo rem facti quis, non juris, ignoret. Ich habe derartige Aussprüche mit Savigny III. S. 389, 390 nota c auf die Unkenntniß des Strafgesetzes eingeschränkt.

2) Vgl. oben §. 25 a. E.

3) l. 13 §. 10 D. 49, 14.

4) Si autem is, qui indebitum quaerit, vel mulier — vel agricultor et forensium rerum expers, vel alia simplicitate gaudens sit.

tigkeit begründet ist. Die irrige Anzeige an den Fiskus, daß man Erbgut nicht erwerben kann, muß doch jederzeit unwirksam sein, wenn sie unwahr ist, sie mag auf faktischem oder Rechtsirrthum beruhn[1]). Die Annahme, daß wer wissentlich eine solche unwahre Anzeige macht, dem Fiskus schenken wolle, muß ebenfalls durch faktischen, wie durch Rechtsirrthum ausgeschlossen werden.

So kann man sich auch die Reskripte der Kaiser Diokletian und Maximinian über den Rechtsirrthum bei der cond. indebiti, wenn man glaubt, sie wörtlich nehmen zu müssen, als eine Nachwirkung der Autorität des Paulus erklären, nur leider in einem Punkte, wo dieser selbst im Irrthum über den Irrthum sich befand. Aber meines Erachtens kann sich dadurch die Wissenschaft doch nicht abhalten lassen, das unzweifelhafte Prinzip aufrecht zu erhalten und die vereinzelten widerstrebenden Stellen so zu interpretiren, daß sie sich dem Prinzip beugen müssen, wie das Mühlenbruch genügend ausgeführt hat[2]). Es erscheint dies um so leichter ausführbar, als jene Stellen abgekürzte, vielleicht verstümmelte Reskripte ohne Angabe des Rechtsfalls enthalten, und mit einer Menge anderer Stellen und Reskripten im Widerspruch stehen. Wir können hier anwenden, was Savigny l. c. S. 347 sagt: Hätten wir jene Stellen in ihrem ursprünglichen Zusammenhange vor uns, so würde ohne Zweifel aus ihrer Umgebung klar werden, in welcher beschränkten Beziehung jene Sätze aufgestellt worden sind. — Wir dürfen also annehmen, daß jene Reskripte eine beschränkte Beziehung gehabt haben, und

1) Nihil ei officit inconsiderata diligentia. Fr. de jure fisci §. 2.

2) Arch. f. civ. Prax. Bd. II. S. 413. Von Paulus und unseren Rechtslehrern gilt in Ansehung der cond. ind. der Ausspruch: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo; in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur; l. 91 §. 3 D. 45, 1.

tiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat. Idem in contrarium accipi potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat." — Erbschaften nachzuspüren, die ihm zufallen möchten, dazu ist Niemand verpflichtet, ja nach Analogie der c. 30 C. 2, 3 kann ein solches Nachspüren als odios angesehn werden [1]). Allein wenn einem Betheiligten eine nicht ganz unglaubhafte Nachricht zugeht, dann beginnt die Pflicht des Nachforschens; aber er darf auch davon wieder abstehn, wenn ihm eine glaubhafte Nachricht vom Gegentheil zugeht. Er kann sich nur nicht damit entschuldigen, daß er nicht gewußt habe, quod omnes in civitate sciunt, weil angenommen werden muß, daß ein solch' allgemeines Gerücht auch zu ihm gedrungen sein werde [2]), noch kann er sich damit entschuldigen, daß er es nicht geglaubt habe, denn er hatte Anlaß, rem diligenter inquirere und konnte sich sichere Kenntniß verschaffen (rem notam habere). So ist l. 9 §. 2 D. 22, 6 zu verstehn. Endlich ordnet l. 55 D. 21, 1 [3]): „non videbitur experiundi potestatem habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit; non idcirco tamen dissolutam ignorationem emtoris excu-

---

1) Savigny IV. S. 435. Dies bezeichnen die Worte scientiam neque curiosissimi = curiosi — scrupulosa inquisitio, delatoria curiositas. Das curiosus esse ist außerhalb von Vertrags- (resp. Quasivertrags-) Verhältnissen keine Verpflichtung, l. 19 D. 46, 2 (si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur); dagegen curiosus debet esse creditor, quo pecunia vertatur, ne credulitas debitoris domino obsit, l. 3 §. 9 D. 15, 3.

2) Der Gegner hat zu beweisen, wenn die erste Kunde dem Vormunde oder dem Berufenen zugegangen ist, und diese haben zu beweisen, daß sie ohne ihre Schuld diese Kunde nicht beachtet haben oder nicht beachten konnten. Vgl. S. 237 nota 1.

3) c. 2 C. 4. 58 hat nichts mit unsrer Stelle zu schaffen; dagegen l. 19 §. 6 D, 21, 1, in welcher Ulpian von scientia nichts erwähnt. Ob nicht Papinian in l. 55 cit. eine abweichende Ansicht ausgesprochen hat? Vgl. unten §. 32.

sari oportebit.“ Wer einen Sklaven kauft, von dem nicht genügend bekannt ist oder noch nicht der Ruf geht, daß er ein entflohener Herumtreiber ist, hat keine Verpflichtung nach seinem Lebenslaufe zu forschen; sobald aber irgend eine Kunde über dessen Antecedentien ihm zugeht, ist er veranlaßt, weiter zu forschen und eventuell Klage zu erheben, damit ihn nicht die kurze Verjährung überrasche.

Hiernach kann bei der scientia als Anfangspunkt einer Frist oder einer Verpflichtung weder von einem entschuldbaren Rechtsirrthum die Rede sein, es giebt nur ein Privileg der rusticitas, noch von einem entschuldbaren faktischen Irrthum. Die scientia beginnt mit jeder nicht ganz unglaubhaften Kunde, wie und woher sie auch uns zukommt; sie erfordert nicht eine förmliche oder officielle Benachrichtigung, oder eigene Erfahrung [1]). Unterläßt der Betheiligte nähere Nachforschung nach solchem Anlaß, so hat er sich den daraus hervorgehenden Nachtheil selbst zuzuschreiben, er wird homo negligentissimus von Labeo genannt, und sein Verhalten wird mit nimia securitas bezeichnet.

§. 30.

In der Mitte zwischen scientia und ignorantia liegt der Zweifel, der Zustand, in welchem wir uns nicht entscheiden können [2]), ob sich die Sache so oder anders verhält, ob eine Thatsache wahr oder nicht wahr ist. Ein solcher Zustand kann niemals für einen justus error gehalten werden; er rechtfertigt nicht, daß man darauf hin, und ohne weiter zu untersuchen

---

1) So ist auch bei dem clam facere (l, 3 §. 7. 8 D. 43, 24) zu verstehen si modo timuit controversiam (si scit) und si debuit timere (wenn er irgend eine Kunde davon oder einen sonst genügenden Anlaß hatte, Widerspruch zu besorgen).

2) mens titubans — anceps animus — incertus animus, c. 11 C. 4, 5.

und zu erwägen, eine uns verpflichtende oder sonst nachtheilige Handlung oder Unterlassung bewirkt, und begründet nicht den positiven Glauben an ein rechtmäßiges Handeln. Der Zweifel kommt uns also nicht zu Gute bei dem Irrthum als Verfehlung (echten Irrthum). Auch bei dem Irrthum, welcher den Mangel der scientia, als Thatbestand der Rechtsregel, indicirt, kann nach dem Inhalte und Gegenstande der scientia zuweilen der Zweifel ausgeschlossen erscheinen; es giebt dann nur ein scire und nescire als reine faktische Gegensätze. Wo aber dazwischen der Zweifel noch stehen und wirksam werden kann, gilt nach m. M. folgender Satz: Der Zweifel ist der ignorantia gleich zu achten; aber er hört auf, Zweifel zu sein, sobald ein äußerer Anlaß das Gleichgewicht der Gründe für und wider aufhebt [1]), d. h. in hinlänglicher Weise uns darauf aufmerksam macht, wie die Sache sich verhalten kann. Darin liegt eine Mahnung zur weiteren Prüfung und Ueberlegung. Dies gilt insonderheit von dem dolus und der mala fides. Diese Ansicht leite ich aus folgenden Stellen ab: l. 11 D. 16, 3 (servus deposuit): nec ulla causa intervenit, quare putare possit, dominum reddi nolle, hoc est, si suspicari potuit, justa sc. ratione motus; ceterum sufficit bonam fidem (ignorantiam) adesse; l. 31 §. 1 eod.: quodsi ego (dominus) ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit (praedo et fur); ferner aus c. 17 C. 3, 32. Die mala fides beginnt hiernach, wenn der wahre Eigenthümer den volentem ad emtionem accedere, per denuntiationem admonuerit, quod distrahentis fundus non fuerit. Von der actio Pauliana sagt l. 10 §. 3 D. 43, 8:

1) Dies ist nicht der Fall nach l. 2 D. 27, 6: si dictum sit ei, et bona fide non crediderit, vgl. S. 237 nota 2. Zwei Fälle sind hier denkbar; die Mittheilung ist an sich oder in dem Munde des Ueberbringers nicht glaubhaft, oder es sind Umstände und Thatsachen vorhanden, welche der Mittheilung widersprechen und ihre Glaubhaftigkeit aufheben.

„non enim caret fraude, qui testato conventus perseverat rem a debitore emere.“ Doch genügt auch jede andere nicht unglaubhafte Kunde, und jede andere das Schwanken hebende Thatsache. Wenn der Zweifel aufhört, Zweifel zu sein, darüber entscheidet natürlich nicht die subjektive Meinung und Behauptung des Zweifelnden, sondern darüber befindet der Richter nach seiner aus den Umständen des einzelnen Falles sich ergebenden Ueberzeugung. Speziellere Regeln erscheinen unstatthaft und unpraktisch.

§. 31.

So sind wir denn zu dem Resultate gelangt, daß da wo die scientia einen Thatbestand der Rechtsregel bildet, insonderheit wo sie den Anfangspunkt einer Frist oder einer Verantwortlichkeit bezeichnet, jegliche ignorantia ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit (auch Rechtsirrthum) die Anwendung der Rechtsregel und die darin geordneten Folgen ausschließt. Nur ist bei dem Deliktsdolus die Unkenntniß des betreffenden Strafgesetzes ausgenommen. Die l. 6 D. 22, 6 (ad legem Juliam et Papiam; cfr. l. 44 pr. D. 23, 2) enthält weder einen Widerspruch, noch eine Ausnahme. Sie bezeichnet, übereinstimmend mit den Vorschriften über die Auffassung der scientia bei der bonorum possessio, nur den Anfang und die Bedeutung von scientia. Es wird von dem Senator, wenn er heirathet, keine delatoria curiositas, d. h. kein ängstliches und sorgfältiges Nachspüren (nach den Antecedentien seiner Ehefrau), wie das ein delator fiscalis anzustellen pflegt, erfordert, aber er darf auch, wenn ihm irgend eine nicht ganz unglaubhafte Kunde darüber zu Ohren kommt, sich nicht dabei beruhigen und indolent verhalten (nimia securitas und crassa negligentia), sondern er hat Veranlassung, der Sache näher nachzuforschen (inquisitio, aber nicht scrupulosa anzustellen).

8) Die l. 7 und 8 D. 22, 6 stimmen mit diesen Sätzen überein, wenn sie so aufgefaßt werden, wie dies §. 16 und 17 geschehn ist[1]).

9) Es giebt keinen entschuldbaren Rechtsirrthum; der Rechtsirrthum bei Satz 4 wird niemals nachgesehn, ausgenommen den Minderjährigen, den Soldaten, zuweilen den rusticis und den Frauen. Der Rechtsirrthum bei Satz 5 bedarf keiner Entschuldigung, er steht dem faktischen ganz gleich. (§. 15, 23, 29.)

10) Ueber den Beweis des Irrthums vgl. §. 19. Die Beweispräsumtion in l. 25 pr. D. 22, 6 ist durch das kanonische Recht c. 47 in VI. to 5, 12 (praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur) als beseitigt anzusehn.

---

1) Vgl. noch Arch. f. civ. Prax. Bd. 57 S. 238 ff. Der Gegensatz a. error juris non prodest acquirere volentibus nec in compendiis und b. error juris non nocet in damnis nec suum petentibus wird durch folgende Beispiele festgestellt: ad a. l. 4, l. 9 §. 5 D. 22, 6, l. 31 pr. D. 41, 3, l. 2 §. 15 D. 41, 4, l. 44 pr. D. 41, 3, l. 1 §. 10 D. 43, 15, l. 17 D. 34, 9, l. 50 D. 41, 2, l. 7 §. 2 D. 41, 4 (in Betreff des servus). c. 3 C. 1, 18, c. 9 C. 6, 50 und c. 2 C. 2, 23 (quarta Falc.). Ad b. l. 8 D. 5, 3, c. 4 C. 1, 18, l. 71 D. 31, l. 54 D. 12, 6, l. 2 §. 1, l. 15 §. 1 eod., l. 51 pr. D. 2, 14, l. 5 §. 1 D. 19, 1, l. 32 pr. D. 3, 5, l. 20 pr. D. 10, 2, l. 37 D. 34, 2, l. 1 pr. D. 36, 4, l. 16 §. 2 D. 4, 4, c. 5 C. 4, 5, c. 2 C. 6, 42 und l. 9 §. 5 D. 22, 6 (über fideicomm. indebitum per error. solutum).

V.

Beitrag zur Lehre von der Zahlung.

Vom
Obergerichtsassessor **Struckmann** in Göttingen.

In Beantwortung der Frage, auf welche von mehreren Forderungen eine Zahlung, welche zur Deckung der sämmtlichen Forderungen nicht ausreicht, anzurechnen sei, gehen die Ansichten noch immer weit auseinander. Mit Recht weist Henrici in diesen Jahrbüchern Bd. XIV S. 428 sq. darauf hin, daß die meisten Schriftsteller, welche sich mit jener Frage beschäftigen, zu wenig die Natur des Zahlungsantrages berücksichtigen, zu wenig Dasjenige eingehend untersuchen, was aus der Natur der Sache, aus der Stellung, welche Schuldner und Gläubiger bei der Zahlung zueinander einnehmen, entfließt. Henrici selbst, von der Natur der Zahlung als eines vom Willen der Handelnden beherrschten Rechtsgeschäftes ausgehend und an der Hand der so gewonnenen Resultate die Vorschriften des Römischen Rechtes prüfend, gelangt zu folgenden drei Sätzen:

1) Die vom Schuldner bei der Zahlung getroffene Bestimmung über die damit zu tilgende Forderung wird durch die Empfangnahme der Zahlung der genannten Forderung für den Gläubiger bindend, so daß er für eine die Acceptirung beglei-

tende Erklärung, die Zahlung auf eine andere Forderung abrechnen zu wollen, Beachtung nicht in Anspruch nehmen darf.

2) Die bei der Empfangnahme einer, ohne Bezeichnung der zu tilgenden Forderung, angebotenen Zahlung vom Gläubiger getroffenen Bestimmung ist für den Schuldner bindend, wenn sie sich in den durch Wahrung der Interessen des Letztern gebotenen Schranken hält.

3) Im Uebrigen kann es sich nur darum handeln, ob und welche Willenseinigung zu Stande gekommen ist. Hat die Zahlung sich vollzogen, ohne daß irgend wie festgestellt worden ist, worauf sie anzurechnen sei, so bleibt in allen Fällen die Anrechnungsfrage, ohne daß in dieser Beziehung die Dispositionsfreiheit der Betheiligten irgend einer Beschränkung unterworfen ist, zunächst der späteren Verständigung der Betheiligten vorbehalten. Erst dann, wenn eine Einigung nicht erreicht wird, kommen die Regeln des Römischen Rechts zur Anwendung, welche die Forderung feststellen, die eventuell als gezahlt zu gelten hat.

Dies ist in Kürze das Resultat, zu welchem Henrici auf dem angedeuteten Wege gelangt.

Wenngleich der zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage eingeschlagene Weg mir der allein richtige zu sein scheint, so kann ich doch dem so gefundenen Resultate nicht durchweg beistimmen, vielmehr muß m. E. eine consequente Durchführung des Gedankens, daß die Natur des Zahlungsantrages der Wegweiser zur richtigen Beantwortung jener Frage ist, theilweise zu anderen Resultaten führen. Im Nachfolgenden soll im Anschlusse an die gewöhnliche, auch von Henrici befolgte Darstellungsweise in Kürze untersucht werden:

1) Welche Bedeutung hat die vom Schuldner bei der Zahlung getroffene Bestimmung über die zu tilgende Forderung?

2) Ist, wenn ohne Bezeichnung der zu tilgenden Forde-

rung die Zahlung angeboten wird, die vom Gläubiger bei der Empfangnahme der Zahlung getroffene Bestimmung für den Schuldner bindend?

3) In welcher Weise erfolgt die Bestimmung der zu tilgenden Forderung, wenn die Anrechnungsfrage bei der Zahlung vorbehalten ist?

4) Was ist Rechtens, wenn die Zahlung geleistet und angenommen ist ohne Bestimmung der Forderung, auf welche die Zahlung anzurechnen sei und ohne Vorbehalt dieser Bestimmung?

§. 1.

Die Zahlung ist ein auf Tilgung einer Verbindlichkeit gerichteter, und soweit es sich um die Erfüllung einer zu einer Veräußerung verpflichtenden Obligation, also um die Zahlung im engeren Sinne handelt, ein dinglicher Vertrag. Zu seiner Perfection und Vollständigkeit erheischt daher der letztgedachte Zahlungsvertrag die allen dinglichen Verträgen gemeinsamen Erfordernisse und außerdem Willenseinigung der Betheiligten über Dasjenige, was den Zahlungsvertrag von anderen dinglichen Verträgen unterscheidet, ihm seinen individuellen juristischen Charakter verleiht, nämlich über die Bestimmung der Leistung zum Zwecke der Aufhebung eines Schuldverhältnisses. Da aber dieser durch den Zahlungsvertrag bezweckte Erfolg, nämlich die Tilgung einer Forderung, nicht eintreten kann, so lange es ungewiß ist, welche Forderung getilgt werden soll, so ist die Bezeichnung des zu tilgenden Schuldverhältnisses nicht, wie Henrici meint, etwas für den Begriff des Zahlungsvertrages Unwesentliches, sondern im Gegentheil etwas Wesentliches und Nothwendiges. Zwar können die Betheiligten bei der Zahlung die Bezeichnung der zu tilgenden Forderung einer späteren Bestimmung vorbehalten, auch leidet es keinen Zweifel, daß trotz dieses Vor-

behalts ein die Betheiligten bindendes Rechtsverhältniß vorliegt, allein der Zahlungsvertrag als solcher und mit ihm die seiner Natur innewohnende Rechtswirkung gelangt erst dann zur Perfection bezw. zur Entstehung, wenn durch die nachträglich erfolgte Bezeichnung der zu tilgenden Forderung die bisherige Unbestimmtheit des Vertrages gehoben ist.

Die hiernach zur Perfection der Zahlung erforderliche Willenseinigung der Betheiligten über die zu tilgende Forderung findet am natürlichsten ihren Ausgangspunkt in der bei der Zahlung durch den Schuldner getroffenen Bestimmung. Wie in anderen Fällen Derjenige, welcher eine Leistung macht, es in der Hand hat, soweit er nicht gebunden ist, legem rei suae diceri — vgl. v. Ihering in diesen Jahrb. Bd. X S. 550 sq. — so kann auch der Schuldner, wenn die von ihm angebotene Zahlung zur Deckung der sämmtlichen Schulden nicht ausreicht, bei der Zahlungsofferte bestimmen, auf welche Forderung die Zahlung angerechnet werden solle.

l. 1 C. de solut. 46, 3. Quoties quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis, dicera quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit id erit solutum; possumus enim certam legem dicere ei, quod solvimus.

Da jedoch die Zahlung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, so genügt selbstverständlich nicht zur Perfection der Zahlung und zum Eintritte der durch dieselbe bezweckten Wirkung die einseitige Bestimmung des Schuldners, sondern es muß ferner die Acceptation der Zahlungsofferte durch den Gläubiger hinzukommen. Der letztere kann die angebotene Zahlung zurückweisen; will er dies aber nicht, so kann er sie nur so acceptiren, wie sie ihm offerirt worden ist. In diesem, aber auch nur in diesem Sinne ist die Bestimmung des Schuldners für ihn bindend. Ob aber im einzelnen Falle die Zahlungsofferte als acceptirt

anzusehen ist oder nicht, diese Frage ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten. So leidet es keinen Zweifel, daß, wenn der Gläubiger die ihm zum Zwecke der Tilgung einer bestimmten Forderung angebotene Geldsumme an sich nimmt, ohne gleichzeitig gegen die Bestimmung des Schuldners Widerspruch zu erheben, er dadurch sein Einverständniß mit der Offerte zu erkennen giebt und deshalb an die vom Schuldner getroffene Bestimmung gebunden ist. Wie aber, wenn der Gläubiger die angebotene Summe zwar annimmt, aber damit die Erklärung verbindet, die Zahlung auf eine andere als die vom Schuldner bezeichnete Forderung annehmen zu wollen? Henrici ist der Ansicht, daß der Gläubiger für eine solche Erklärung Beachtung nicht in Anspruch nehmen dürfe, hier vielmehr der einzige Fall eintrete, wo die vom Schuldner getroffene Bestimmung gegen den ausgesprochenen Willen des Gläubigers für diesen bindend werde und wo also das et quod dixerit id erit solutum so recht am Platze sei. Dieser Ansicht kann ich mich in ihrer Allgemeinheit nicht anschließen. Eine derartige Erklärung des Gläubigers verdient m. E. nur insoweit keine Beachtung, als sie im einzelnen Falle sich als eine protestatio facto contraria charakterisiren d. h. also, soweit sie mit der Thatsache der Annahme des Geldes durchaus unvereinbar sei, die letztere eine andere Auslegung als die, die Zahlungsofferte acceptiren, den Zahlungsvertrag zum Abschluß bringen zu wollen, nicht zulassen würde. Vgl. Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts 4. Aufl. Bd. 1 §. 72 n. 11, Sintenis, Civilrecht Bd. 1 §. 18 n. 26.

Wenn der Gläubiger das ihm angebotene Geld in einer solchen Weise an sich nimmt, die erkennen läßt, daß er dasselbe nicht blos einstweilen detiniren, sondern definitiv als geleistete Zahlung in sein Vermögen bringen will, wenn er z. B. das Geld sofort mit dem seinigen vermischt, so würde die diese

Handlungen begleitende Erklärung, die Zahlung nicht in Gemäßheit der Offerte annehmen zu wollen, offenbar eine protestatio facto contraria enthalten; wollte man jenen Handlungen eine andere Auslegung geben, als die, den Zahlungsantrag zum Abschluß bringen zu wollen, so würde man bei dem Gläubiger die Absicht einer widerrechtlichen Handlungsweise voraussetzen müssen, was unzuläffig ist.

Dagegen wird trotz der factischen Annahme des Geldes eine damit verbundene Erklärung des Gläubigers, wie die oben bezeichnete, dann rechtliche Bedeutung haben, wenn den Umständen nach die Hinnahme des Geldes die Deutung zuläßt, daß der Gläubiger dasselbe nur einstweilen für den Schuldner detiniren will, bis dieser sich darüber erklärt hat, ob er mit der vorgeschlagenen Anrechnung auf eine andere Forderung einverstanden ist. Der Gläubiger hofft, daß der Schuldner sich darauf einlassen wird, deshalb weist er die Zahlung nicht sofort zurück, sondern behält das Geld einstweilen in seinem Gewahrsam. Hierher werden meistens die Fälle zu rechnen sein, in denen der Gläubiger das ihm durch den Schuldner übersandte Geld zwar annimmt, mit der Empfangsanzeige an den Schuldner aber eine Erklärung der oben bezeichneten Art verbindet. Aber auch wenn das Zahlungsgeschäft unter Anwesenden sich vollzieht, ist die obige Deutung keineswegs immer ausgeschlossen. Man denke sich, daß der Gläubiger, während er das Geld hinnimmt und noch in seiner Hand behält, die Erklärung abgiebt, daß er das Geld auf eine andere Forderung, als die vom Schuldner bestimmte annehmen wolle. Hier giebt der Gläubiger durch jene Erklärung zu erkennen, daß er das Zahlungsgeschäft noch nicht als abgeschlossen ansehen will. Durch die beigefügte Erklärung wird der Thatsache der Annahme des Geldes die Bedeutung einer concludenten Handlung für die Acceptation der Zahlung, wie sie vom Schuldner offerirt worden

ist, benommen. Die Erklärung enthält eine Ablehnung der Offerte verbunden mit einem neuen Antrage. Willigt der Schuldner ein, daß die Zahlung auf die vom Gläubiger namhaft gemachte Forderung angerechnet werde, so kommt der Zahlungsvertrag erst jetzt zu Stande und gilt die letztere Forderung als getilgt; anderenfalls muß der Gläubiger das einstweilen zurückbehaltene Geld zurückgeben oder sich der Bestimmung des Schuldners fügen. Letzteres ist insbesondere auch dann anzunehmen, wenn der Gläubiger etwa nachträglich das gezahlte Geld in seinem Nutzen verwendet, trotzdem der Schuldner sich mit der durch den Gläubiger vorgeschlagenen Anrechnung nicht einverstanden erklärt hat. Wenn Henrici für den Fall, daß der Gläubiger bei der Annahme der Zahlung eine andere Forderung als diejenige bezeichnet, auf welche er die Zahlung zur Anrechnung bringen werde, der Schuldner aber hinterher sein Einverständniß damit zu erkennen giebt, ausnahmslos die vom Gläubiger bezeichnete Forderung als getilgt ansieht, so kann dieser Ansicht nicht zugestimmt werden. Richtig ist dieselbe nur für die Fälle, in denen die der Annahme des Geldes beigefügte Erklärung des Gläubigers nicht als eine protestatio facto contraria erscheint, der Zahlungsvertrag also nicht durch die Empfangnahme des Geldes zum Abschlusse kommt, unrichtig dagegen, wo letzteres der Fall. Ist die Erklärung des Gläubigers eine protestatio facti contraria, so ist ja durch die Annahme des Geldes der Zahlungsvertrag bereits perfect geworden, mithin diejenige Forderung, welche der Schuldner bei der Zahlungsofferte bezeichnet hat, getilgt. Eine einmal getilgte Forderung kann aber durch eine nachträgliche anderweite Verständigung unter den Betheiligten nicht wieder aufleben; denn die Zahlung erzeugt nicht blos eine Wirkung zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern sie wirkt objectiv.

§. 2.

Für den Fall, daß der Schuldner Zahlung leistet, ohne die zu tilgende Forderung zu bezeichnen, hat nach l. 1 — l. 3 pr. D. de solut. 46, 3 der Gläubiger die Wahl, die Forderung zu bestimmen, welche durch die Zahlung als getilgt gelten soll; doch ist dies sein Bestimmungsrecht insofern in enge Grenzen gewiesen, als er einmal dasselbe in re praesenti, hoc est statim atque solutum est d. h. ehe das Zahlungsgeschäft zum Abschlusse gekommen ist, ausüben und andererseits bei Auswahl der zu tilgenden Forderung, wie ein Mandatar lediglich das Interesse des Schuldners vor Augen haben muß.

In arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat dummodo in id constituat solutum in quod ipse si deberet esset soluturus quoque debito se exoneraturus esset, si deberet. — — Permittitur ergo creditori constituere, in quod velit solutum, dummodo sic constituat, ut in re sua constitueret; sed constituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est debet. — — Ceterum postea non permittitur.'

Mit Henrici nehme auch ich an, daß der Gläubiger in diesem Falle unter Innehaltung der bezeichneten Grenzen eine den Schuldner bindende Bestimmung treffen kann, auf welche Forderung die Zahlung zur Anrechnung kommen soll, ein etwaiger Widerspruch des Schuldners gegen diese Bestimmung mithin keinen Anspruch auf Beachtung hat. Es entspricht diese Vorschrift auch durchaus den Verhältnissen. Will der Schuldner, was hier vorausgesetzt wird, die Wirkung der Zahlung nicht suspendiren, sondern die sofortige Tilgung eines entsprechenden Theiles seiner Schulden herbeiführen, ohne seinerseits gleichzeitig eine bestimmte Schuld zu bezeichnen, so muß im Hinblick darauf, daß immer nur eine bestimmte Forderung

getilgt werden kann, eine Tilgung immer nur in Ansehung einer bestimmten Forderung denkbar ist, es als dem Willen des Schuldners entsprechend angesehen werden, daß die Bezeichnung der zu tilgenden Forderung dem Gläubiger bei der Empfangnahme der Zahlung, beim Abschlusse des Zahlungsgeschäftes überlassen werden solle, mit der Maßgabe jedoch, daß der Gläubiger sich bei der Bestimmung von dem Interesse des Schuldners unter Berücksichtigung der concreten Umstände zur Zeit der Zahlung leiten lassen muß. Uebt der Gläubiger innerhalb dieser Grenzen das Bestimmungsrecht aus, so acceptirt er die Zahlung in Gemäßheit der Offerte und bringt so den Zahlungsvertrag zum Abschluß. Daraus folgt, daß ein nach erfolgter Bestimmung durch den Schuldner ausgesprochener Widerspruch bedeutungslos ist, sofern nur der Gläubiger innerhalb der gesetzlichen Schranken sein Bestimmungsrecht ausgeübt hat. Ob letzteres der Fall, ist nöthigenfalls vom Richter zu entscheiden. Es kann auf die Analogie des Falles hingewiesen werden, wo Jemand eine Waare fest, jedoch ohne Preisbestimmung bestellt. Auch hier ist es als der Wille des Bestellers anzusehen, daß der die Waare Liefernde den Preis bestimmen soll. Er will denjenigen Preis bezahlen, den letzterer angemessen fordern wird. Sobald der Verkäufer in dieser Weise den Preis bestimmt hat, ist er, wie der Besteller daran gebunden, so daß ein nachträglich erfolgter Widerspruch des letzteren nicht in Betracht kommt. Nur soweit er etwa die Angemessenheit des geforderten Preises bestreitet, liegt dem Verkäufer der Beweis der Angemessenheit ob. Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1. Aufl. S. 604 und 605, Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofs, Bd. XI S. 249 Nr. 84.

§. 3.

Wie oben bereits angedeutet, steht übrigens dem Gläubiger das im §. 2 gedachte Bestimmungsrecht nur dann zu, wenn die Absicht des Schuldners auf sofortige Tilgung gerichtet war, also dann nicht, wenn, was zulässig, bei der Zahlung die demnächstige Bestimmung der zu tilgenden Forderung ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten worden ist. Ist dies geschehen, über die Frage aber, wer von den Betheiligten demnächst die Forderung soll bezeichnen können, keine Bestimmung getroffen, so wird, wenn nicht die Betheiligten sich nachträglich über die Anrechnung auf eine bestimmte Forderung einigen, dem Schuldner das Recht zugesprochen werden müssen, durch seine Wahl die bisherige Unbestimmtheit des Zahlungsvertrages zu beseitigen und den letzteren dadurch zur Perfection zu bringen; denn wie es von ihm abhing, sofort bei der Zahlung die Forderung zu bezeichnen, zu deren Deckung die Zahlung dienen sollte, so muß, wenn er im Einverständnisse des gegen den Vorbehalt keinen Widerspruch erhebenden Gläubigers diesen Punkt bei der Zahlung einstweilen unbestimmt läßt, auch ihm im Zweifel das Recht zustehen, nachträglich durch seine Bestimmung diese Unbestimmtheit zu heben. Es verhält sich hier ähnlich so, wie bei der alternativen, also einer dem Gegenstande nach noch nicht völlig bestimmten Obligation. Auch bei dieser steht im Zweifel der Natur der Sache entsprechend dem Schuldner das Wahlrecht zu.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß in allen Fällen, in denen die Zahlung zwar zur Aufhebung oder Minderung bestehender Schuldverhältnisse, jedoch nach dem übereinstimmenden Willen der Betheiligten in dem Sinne erfolgt, daß die Rechtswirkung der Zahlung, die Tilgung einer bestimmten Forderung erst später eintreten soll, im Zweifel der Schuldner das Recht

hat, demnächst, um die Perfektion des Zahlungsgeschäfts herbeizuführen, die Forderung zu bestimmen, auf welche die Zahlung zur Anrechnung kommen soll, daß mithin in Fällen dieser Art für die Anwendung der im Römischen Rechte aufgestellten Regeln über die Anrechnung einer Zahlung beim Vorhandensein mehrerer Forderungen überall kein Raum ist.

§. 4.

Schließlich erübrigt es noch, diejenigen Fälle in's Auge zu fassen, in denen die Betheiligten es unterlassen haben, beim Abschlusse des Zahlungsvertrages eine bestimmte Forderung als die zu tilgende zu bezeichnen, die sofortige Minderung der bestehenden Schulden um den der geleisteten Zahlung entsprechenden Betrag aber in der Intention der Betheiligten liegt, die letzteren also ihrer Meinung nach nicht einen erst demnächst zu vervollständigenden, sondern einen sofort wirksamen Zahlungsvertrag schließen wollen. In Fällen dieser Art würde der Zahlungsvertrag, weil die zu tilgende Forderung nicht bezeichnet ist und der Inhalt des Vertrages kein Mittel an die Hand giebt, diese Unbestimmtheit unabhängig von dem Willen der einen oder der anderen Partei zu heben, dieser Unbestimmtheit wegen unwirksam sein, wenn nicht für diese Fälle das Gesetz, den Willen der Betheiligten nach ihren muthmaßlichen Intentionen ergänzend, Regeln darüber aufstellte, auf welche der bestehenden Forderungen die Zahlung als geleistet angesehen werden soll. Auf diese Fälle beziehen sich die bekannten, am Schlusse des vorigen §. gedachten Regeln des Röm. Rechts. Durch sie soll, wenn bei Zahlungen, welche in der Absicht sofortiger Rechtswirkung geleistet und angenommen sind, der Wille der Betheiligten, auf welche Forderungen dieselben anzurechnen, weder ausdrücklich erklärt noch aus den der Zahlung vorhergehenden oder dieselbe begleitenden Umständen zu entnehmen

ist, der Wille der Betheiligten nach der hier fraglichen Richtung hin ergänzt werden. Sind aber jene Regeln als Ergänzung des bei dem Zahlungsvertrage vermuthlich vorhanden gewesenen Willens zu betrachten, ist es so anzusehen, als hätten die Betheiligten bei der Leistung und Annahme der Zahlung einen den gesetzlichen Bestimmungen über die Anrechnung der Zahlung entsprechenden Willen gehabt, so folgt daraus, daß in den Fällen der hier fraglichen Art die Zahlung von vorn herein als auf diejenige Forderung geleistet gilt, auf welche dieselbe nach den im Röm. Rechte dieserhalb aufgestellten Regeln anzurechnen ist, daß mithin, da die erfolgte Zahlung einer Forderung bei der objektiv wirkenden Natur der Zahlung nicht wieder rückgängig gemacht werden, die getilgte Forderung in ihrer alten Gestalt nicht wieder aufleben kann, eine nachträgliche anderweite Anrechnung durch die Betheiligten ausgeschlossen ist.

Henrici gelangt zu einer entgegengesetzten Entscheidung, davon ausgehend, daß, wenn die Zahlung sich vollziehe, ohne daß irgendwie festgestellt werde, worauf sie anzurechnen sei, der Wille der Betheiligten dahin gehe, es soll einer späteren Verständigung vorbehalten bleiben, auf welche Forderung sie anzurechnen sei. Erst in Ermangelung einer solchen Verständigung könnten die Regeln des Röm. Rechts Anwendung finden. Wäre die Voraussetzung, daß in dem gedachten Falle die Anrechnungsfrage als vorbehalten anzusehen sei, richtig, so würde, wie schon oben ausgeführt, für die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Art der Anrechnung überhaupt kein Raum sein, da bei einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalte der Anrechnungsfrage in Ermangelung einer anderen Abrede dem Schuldner das Recht zusteht, nachträglich zu bestimmen, auf welche Forderung die geleistete Zahlung angerechnet werden solle.

Uebrigens kann auch nicht zugegeben werden, daß es in Fällen der hier fraglichen Art im Zweifel dem Willen der Be-

theiligten entspricht, die Frage, auf welche Forderung die Zahlung anzurechnen sei, vorzubehalten, mithin die Wirkung der Zahlung einstweilen zu suspendiren. Im Gegentheil werden in den meisten Fällen des gewöhnlichen Lebens die Betheiligten davon ausgehen, daß durch die Abschlagszahlung sofort ein entsprechender Theil der Schulden aufgehoben sein solle. Wo aber Zahlungen geleistet werden a conto d. h. in dem Sinne, daß dadurch ein Activposten in der laufenden Rechnung gewonnen werden soll, wie dies im Handelsverkehr üblich, da ist in Wirklichkeit überhaupt nicht animo solvendi, sondern animo credendi geleistet, so daß auch für Fälle dieser Art niemals die Regeln über die Anrechnung geleisteter Zahlungen beim Vorhandensein mehrer Forderungen, sondern die Regeln über die Compensation maßgebend sind. Vergl. Thöl, Handelsrecht 4. Aufl. §. 113 III. Endemann, das deutsche Handelsrecht 1. Aufl. S. 690.

Auch das Röm. Recht geht m. E. davon aus, daß, wenn die zum Zwecke der Schuldentilgung geleistete Zahlung sich vollzieht, ohne daß der Wille der Betheiligten erhellt, worauf die Zahlung angerechnet werden soll, diejenige Forderung sofort als getilgt anzusehen, auf welche nach den über die Anrechnungsfrage aufgestellten Regeln die Zahlung anzurechnen ist. Die in Betracht kommenden Stellen sagen nirgends, daß jene Regeln nur eventuell d. h. in Ermangelung einer nachträglichen anderweiten Verständigung zur Anwendung kommen sollen. Vgl. z. B. l. 3 5 pr. f. D. de solut. 46, 3.

Wenn namentlich die l. 3 §. 1 cit., nachdem vorher in der l. 1 und l. 3 pr. l. c. die Fälle besprochen sind, in denen der Schuldner bezw. der Gläubiger bei der Zahlung seinen Willen zu erkennen gegeben hat, auf welche Forderung die Zahlung angerechnet werden soll, fortfährt:

„Quodsi forte a neutro dictum sit, in his qui-

dem nominibus, quae diem vel conditionem habuerunt, id videtur solutum, cujus dies venit,"

so geht daraus hervor, daß die Anwendung der gesetzlichen Anrechnung, das videtur solutum nur dadurch bedingt ist, daß bei Gelegenheit der Zahlung der Wille der Betheiligten nicht hervorgetreten ist, auf welche Forderung die Zahlung angerechnet werden soll.

Für die hier vertretene Ansicht sprechen ferner die l. 24 D. de solut. 46, 3:

Ubi fidejussor pro duobus dena fidejussit, obligatus est in viginti, et sive viginti sive dena solverit, utrumque reum liberavit. Ved si quinque solverit, videmus, quem ex reis relevet in quinque; erit ille relevatus, de quo actum est, aut si non appareat, antiquius debitum erit inspiciendum. Idem et si quindecim sint soluta, si quidem appareat, quod actum est, in decem et aliunde quinque erunt relevata; si vero non appareat, ex antiquiore contractu decem, ex alio quinque erunt relevata.

und die l. 97 eod.:

Quum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante, potius habetur causa ejus pecuniae, quae sub infamia debetur.

Wenn in diesen Stellen die Tilgung nach Anleitung der gesetzlichen Bestimmungen davon abhängig gemacht wird, ut non appareat, quod actum est, so kann unter dem quod actum est dem ganzen Zusammenhange nach nur der bei Gelegenheit der Zahlung erkennbar gewordene Wille der Betheiligten verstanden werden, wie denn auch sonst das id quod actum est den Willen der Contrahenten beim Contractsabschlusse bezeichnet. Vgl. l. 3 D. 12, 1:

quod agitur in contrahendo,

l. 38 pr. D. 17, 1:

actum in contrahentes.

Mit dem Römischen Rechte stimmen in dem hier fraglichen Punkte auch die neueren Gesetzbücher überein, so das Sächs. bürgerl. Gesetzbuch §. 978: „Hat der Schuldner eine Bestimmung zu treffen unterlassen, so kann der Gläubiger bei Empfangnahme der Zahlung oder in der darüber ausgestellten Quittung bestimmen, auf welche Schuld die Zahlung gerechnet werden soll. Ist der Schuldner damit nicht einverstanden, so muß er sofort widersprechen."

§. 979: „Im Falle eines solchen Widerspruchs oder in Ermangelung einer Bestimmung überhaupt wird die Zahlung zuerst auf Zinsen und Kosten und sodann auf fällige Hauptschulden vor noch nicht fälligen abgerechnet. Unter mehreren Hauptschulden wird die lästigere vor der weniger lästigen und von den in dieser Hinsicht gleichstehenden die ältere vor der jüngeren als bezahlt angesehen. Bei ganz alten Schulden wird die Zahlung auf alle verhältnißmäßig gerechnet."

Der Code civil und das Badische Landrecht Art. 1255:

„Hat ein Schuldner mehrerer Posten eine Quittung angenommen, worin der Gläubiger das, was er empfing, bestimmt auf Einen dieser Posten aufrechnet, so kann der Schuldner sie nicht mehr auf eine andere Forderung abrechnen, es wäre denn eine Gefährde des Gläubigers oder eine durch ihn veranlaßte Uebereilung daran Schuld."

Art. 1256: „Sagt die Quittung über die Aufrechnung nichts, es sind aber mehrere verfallene Schulden da, so muß die Zahlung auf diejenige gerechnet werden, deren Tilgung damals für den Schuldner die wichtigste war. Waren nicht mehrere Schulden fällig, so geschieht die Anrechnung auf die wirklich verfallenen, obgleich sie für den Schuldner die weniger lästigen waren. Sind die Schulden gleicher Art, so ge-

schieht die Aufrechnung auf die älteren, und wo alle Umstände gleich sind, verhältnißmäßig auf sämmtliche Schulden."

Der Bayrische Entwurf eines bürgerl. G.B. T. II Art. 170:

„Hat sich der Schuldner in dem Falle des Art. 169 Abs. 1 nichts erklärt, so ist die Zahlung auf diejenige Forderung zu beziehen, welche der Gläubiger in der Quittung bezeichnet, vorausgesetzt, daß der Schuldner diese ohne Widerspruch oder Vorbehalt annimmt. Fehlt es auch an einer solchen Bezeichnung, so ist die Zahlung zunächst von den Zinsen, dann am Kapitale und bei mehreren Kapitalforderungen zuerst an der bereits fälligen Forderung abzurechnen. Bei gleichfälligen Forderungen ist die Zahlung auf die dem Schuldner lästigen und bei gleich andern Forderungen auf jede einzelne verhältnißmäßig zu beziehen."

Diese sämmtlichen Gesetzbücher gehen ebenfalls von der Auffassung aus, daß, wenn weder der Schuldner bei der Zahlung noch der Gläubiger bei der Empfangnahme derselben bezw. in der Quittung über die zu tilgende Forderung Bestimmung getroffen, wenn vielmehr ohne eine solche Bestimmung der Zahlungsvertrag zum Abschlusse gekommen ist, die gesetzlichen Vorschriften über die Anrechnung der Zahlung zur Anwendung kommen sollen. Daß die Anwendung der letzteren in diesem Falle auch noch durch eine nachträgliche anderweite Verständigung der Betheiligten ausgeschlossen werden könne, davon ist nirgends die Rede.

Auch das allg. Preuß. Landrecht macht in dieser Beziehung richtiger Ansicht nach keine Ausnahme. Wenn dasselbe Th. I Tit. 16 §§. 153 sq. über die Anrechnung der Zahlung Bestimmungen trifft, falls kein Uebereinkommen unter den Parteien vorhanden sei, so ist, wie der Zusammenhang mit den vorausgehenden §§. 151 und 152 eod. ergiebt, unter dem Uebereinkommen das Einverständniß der Betheiligten mit der bei der

Zahlung bezw. der Empfangnahme derselben Seitens des Schuldners bezw. des Gläubigers getroffenen Bestimmung verstanden, nicht aber eine nachträgliche Verständigung der Betheiligten über die Anrechnung der ohne Bezeichnung der zu tilgenden Forderung geleisteten bezw. angenommenen Zahlung.

VI.

Zur Lehre von der actio de in rem verso.

Vom
Obergerichtsdirector **Ruhstrat** in Oldenburg.

I. Einleitung.

Es wird hier nur die Rede sein von der actio de in rem verso in ihrer ursprünglichen Gestalt.

Die Klage wurde nicht bloß im Interesse der dritten Contrahenten, sondern auch und zwar vorzugsweise in dem der Gewalthaber eingeführt. Es war für die letzteren von besonderer Wichtigkeit, daß die Gesetzgebung es ihren Haussöhnen und Sclaven erleichterte, für sie als freiwillige Geschäftsführer einzutreten, in welcher Hinsicht ich mich hier auf folgende Bemerkung beschränke. Viele Gründe konnten den römischen Bürger veranlassen, sich in ferne Provinzen zu begeben und dort lange zu verweilen [1]), und bei der Schwierigkeit, entfernten Personen, deren Aufenthalt wechseln konnte, Nachrichten zu übermitteln, erfuhren diese oft erst, wenn es zu spät war, daß der von ihnen bestellte Vertreter längst aufgehört habe, die Verwaltung zu führen. Freiwillige Geschäftsführer aber stellten sich nicht immer ein, wo es Noth that, denn für die oft nicht unerheblichen Bemühungen konnten sie eine Vergütung nicht in Anspruch

---

1) Vergl. Friedländer, Sittengeschichte Roms B. 2 S. 28 ff.

nehmen. Von den dem Gewalthaber so nahe stehenden Haussöhnen und Sclaven war das freiwillige Eintreten eher zu erwarten, aber der Geschäftsführung dieser Personen standen die Grundsätze des Civilrechts im Wege, die sie vermögenslos und creditlos machten. Es wurde geholfen durch Einführung der actio de in rem verso und de peculio [1]). In Fällen, wo es für den Gewalthaber von hohem Interesse gewesen wäre, wenn ein freiwilliger Geschäftsführer sich seiner Geschäfte angenommen hätte, zeigte es sich deutlich, daß der Betrag, welchen er dem Geschäftsführer zu erstatten haben würde, keineswegs als ein zu hoher Preis für die angemessene Verwaltung des Vermögens zu erachten sei. Es konnte daher nicht bedenklich erscheinen, dem Gewalthaber das nämliche Opfer aufzuerlegen, um seine Haussöhne und Sclaven für ihn als Geschäftsführer zu gewinnen, oder m. a. W. zu bestimmen, daß der Gewalthaber den dritten Contrahenten, welche durch ihre Mittel die negotiorum gestio der Gewaltunterworfenen ermöglicht hatten, so viel von dem Werthbetrage dieser Mittel zu erstatten habe, als er dem Haussohn oder Sclaven zu entrichten haben würde, wenn dieser als gewaltfreier negotiorum gestor gehandelt hätte. Genau um diesen Betrag war das Vermögen des Gewalthabers größer, als es sein würde, wenn das Gewaltverhältniß nicht bestände, und diese lediglich durch das Gewaltverhältniß hervorgerufene Bereicherung dem Gewalthaber zu entziehen, erschien der Gesetzgebung nicht ungerechtfertigt. Dieselbe faßte ihre Bestimmung indeß genereller, indem sie, über den Kreis der Geschäftsführung hinausgehend, anordnete, daß der Gewalthaber in allen Fällen, wo seine vermögensrechtliche

---

1) Eine cura absentis wurde nur auf Antrag der Verwandten angeordnet. Bevor der Antrag erfolgte und nach vorgängiger Cautionsleistung der Curator bestellt wurde, sofern es überall geschah, konnten die erheblichsten Nachtheile eintreten. Vergl. Rüdorff, Vormundschaft B. 1 §. 19.

Lage sich in Folge der von seinen Untergebenen mit einem Dritten geschlossenen Verträge verbessern werde, dem Dritten soviel von seinen Ausgaben zu erstatten habe, als er dem Haussohn oder Sclaven zu entrichten hätte, wenn derselbe gewaltfrei wäre. Die Gesetzgebung ging damit im Interesse der Gewalthaber und der dritten Contrahenten genau so weit, als sie gehen konnte, ohne gegen den Gewalthaber unbillig zu werden. Den Gewinn, welchen der letztere dem Rechte der Strenge verdankte, brauchte er nicht zu behalten. Das billigere prätorische Recht erachtete ihn für ungerechtfertigt, und entzog ihn dem Gewalthaber zu seinem eigenen Vortheil. Weiter aber konnte die prätorische Gesetzgebung nicht gehen, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen. Wie z. B. der gewaltfreie negotiorum gestor, welcher animo donandi gerirt hatte, nicht auf Entschädigung klagen konnte, so konnte auch dem dritten Contrahenten die actio de in rem verso nicht eingeräumt werden, wenn der Haussohn mit den von dem Dritten hergegebenen Mitteln die Geschäfte des Vaters animo donandi besorgt hatte. Es war die eigene Schuld des dritten Contrahenten, wenn er dadurch in Nachtheil gerieth, daß er mit dem Haussohn contrahirte, ohne sich vorher zu vergewissern, ob derselbe den animus obligandi habe. — Die actio de in rem verso war also, und ist noch jetzt [1]), eine besonders qualificirte Bereicherungsklage, bei der es nicht immer auf die thatsächliche Bereicherung ankommt, sondern darauf, ob die vermögensrechtliche Lage des Gewalthabers auf Kosten des Dritten besser ist, als sie sein würde, wenn die Mittelsperson gewaltfrei wäre. Es handelt sich dabei nicht um eine Fiction, sondern um einen aus der prätorischen Rechtsentwickelung sich ergebenden Grundsatz für die

---

1) Jetzt verhält es sich insofern anders, als der Haussohn dem Vater nur dann unmittelbar erwirbt, wenn er in dessen Namen contrahirt.

Feststellung der Bereicherung. Dem Dritten wurde die Klage aus dem mit der Mittelsperson geschlossenen Geschäfte gegen den Gewalthaber eingeräumt, jedoch mit der Beschränkung auf den Betrag, um welchen der Gewalthaber sich in Folge des Gewaltverhältnisses besser stand, als er sich stehen würde, wenn dies Verhältniß nicht existirt hätte. Den Betrag, welchen der Gewalthaber lediglich dem Gewaltverhältniß verdankte, und auf den er nach den Grundsätzen der Billigkeit ohnehin keinen Anspruch hatte, sollte er hergeben, als Aequivalent dafür, daß seinen Untergebenen die Geschäftsführung ermöglicht, und ihm die Ausgabe erspart war, die er zu machen hätte, wenn ein gewaltfreier Gestor eingetreten wäre und die auch seine eigene Geschäftsführung mit sich gebracht haben würde. Denn der Fall der Geschäftsführung war zwar nicht der einzige, aber doch immer der Hauptfall auf diesem Gebiete, weshalb sich auch die meisten Stellen des Digestentitels de in rem verso auf denselben beziehen und die bekannte l. 3 §. 2 D. h. t. sagt:

> Et regulariter dicimus toties esse actionem de in rem verso, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiesque aliquid consumserit etc.

Andere Schriftsteller, z. B. Brinz, kritische Blätter Heft 2 S. 16 und Löwenfeld, die selbstständige actio de in rem verso (München 1873) S. 12 gehen noch weiter, indem sie z. B. auch in dem oben angeführten Falle der animo donandi erfolgten Geschäftsführung die actio de in rem verso für begründet halten. Ich werde darauf zurückkommen und bemerke hier nur, daß die Gesetzgebung in der That schon weit genug zu Gunsten des dritten Contrahenten ging, indem sie ihm auch da, wo er sich gar nicht darum bekümmert hatte, was der Gewaltunterworfene mit den Dingen, die er zu erwerben beabsichtigte, unternehmen wolle, die actio de in rem verso gewährte, sofern

nur die oben näher bezeichnete Bereicherung des Gewalthabers in der That vorhanden war. Den Gewalthaber in eine nachtheiligere Lage zu versetzen, als die, in welcher er sich befinden würde, wenn die Gewalt nicht bestanden hätte, dazu war ein Grund nicht vorhanden.

Der von älteren und neueren Schriftstellern vertretenen Ansicht, nach welcher mit der actio de in rem verso stets eine zwischen dem Gewalthaber und seinem Untergebenen bestehende Naturalobligation geltend gemacht wird, kann ich mich nicht anschließen. Eine Naturalobligation mußte zwar in der Regel entstehen, weil sonst die oben bezeichnete Bereicherung nicht eingetreten wäre, allein wenn die Naturalobligation vor Anstellung der actio de in rem verso durch Gründe, die sich aus dem Gewaltverhältniß ergaben, ihr Ende erreichte, so wurde die actio de in rem verso dadurch nicht berührt [1]).

II. Verhältniß zum peculium.

1. Der Untergebene hat ein peculium. Contrahirt er ohne die Absicht des Gewalthabers Geschäfte zu besorgen, lediglich für sein peculium, was im Zweifel anzunehmen ist, so wird der Gegenstand, welchen er erwirbt, Theil des peculium, genau so, wie jede andere dazu gehörende Sache es ist. Nicht bloß der Veräußerer, sondern jeder andere Gläubiger des Untergebenen kann mit dem peculium auch diese Sache zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen, ebenso wie jeder Gläubiger des Gewaltfreien die von diesem erworbenen Sachen, ohne daß dem Veräußerer ein Vorzugsrecht zusteht. Wenn der Untergebene diese Sache hinterher als Gestor des Gewalthabers verwendet, so geschieht dies folgeweise nicht bloß auf Kosten des Veräußerers, sondern jedes Peculiargläubigers, denn die actio

---

1) Vergl. darüber Löwenfeld a. a. O. §. 3.

de peculio jedes Gläubigers wird in ihrem Erfolge beeinträchtigt. Es muß daher auch jedem Gläubiger die nach l. 5 §. 3 D. h. t. zulässige actio de in rem verso zustehen. Wenn der Untergebene diese oder eine andere Peculiarsache dem Gewalthaber schenkt, so entsteht die a. de in rem verso unzweifelhaft nicht, weil der Gewalthaber nicht obligirt wird. Hat der Untergebene gleich bei Erwerbung der Sache die Absicht gehabt, sie neben dem peculium für sich zu haben oder steht der Erwerb mit den Zwecken und Interessen des peculium nicht im Zusammenhange, so geht das Eigenthum, in Folge der civilrechtlichen Grundsätze, sofort von ihm auf den Gewalthaber über. Die Bereicherung des letzteren ist sofort vorhanden und eine nachträgliche Schenkung der Sache an denselben ohne jede Bedeutung. Wenn das Eigenthum eines Gewaltfreien ohne Rechtsgrund auf einen Anderen übergeht, so hat jener die actio in factum wegen grundloser Bereicherung. Diese Klage würde also der Untergebene haben, wenn er gewaltfrei und sein Eigenthum ohne Rechtsgrund auf den Gewalthaber übergegangen wäre. Der Veräußerer hat daher die actio de in rem verso, soweit die Bereicherung zur Zeit der Erhebung dieser Klage noch besteht. Es ist zwar behauptet, daß das Eigenthum der von Haussöhnen oder Sclaven erworbenen Sachen sofort auf den Gewalthaber übergehe, ohne einen Augenblick bei der Person des Untergebenen zu verweilen [1]). Allein diese Ansicht hat nur das Civilrecht für sich. Nach jus gentium waren die Untergebenen eigenthumsfähig. Der Haussohn konnte Darlehnsschuldner sein, denn man gab ihm die exceptio senatus consulti macedoniani. Es ist also angenommen, daß das Eigenthum des geliehenen Geldes zunächst auf ihn übergegangen sei. Wenn ein Sclave Geld leiht, lediglich zu dem Zweck es dem Herrn

---

1) Buchka, Stellvertretung S. 30.

zu geben, damit dieser ihn freilasse, so geht das Geld nicht in das peculium, sondern sofort in des Herrn Vermögen über, da dieser Contract mit den Interessen des peculium nichts zu thun hat. (Vergl. Mandry, Begriff und Wesen des peculium S. 48 fl.) Der Gewalthaber ist um den ganzen Betrag bereichert, jedoch geht mit der Freilassung des Sclaven so viel von der Bereicherung ab, als der Sclave werth ist. Auf den Mehrbetrag kann der Darleiher nach l. 3 pr. D. h. t. die actio de in rem verso anstellen.

Contrahirt der Untergebene mit der Absicht des Gewalthabers Geschäfte zu besorgen, also auch mit dem hier regelmäßig anzunehmenden animus obligandi, so entsteht, wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, sofort die gegenseitige naturalis obligatio negotiorum gestorum. Die erworbene Sache geht in das peculium über, wie die vom gewaltfreien Gestor erworbenen Gegenstände in dessen Vermögen übergehen, aber wie der gewaltfreie Gestor, so ist auch der Gewaltuntergebene verpflichtet, die Sache für den Geschäftsherrn zu verwenden oder an denselben herauszugeben, wogegen der letztere obligirt ist, den Gestor zu liberiren oder zu entschädigen. Da der Uebergang der Sache in das peculium mit jener Verpflichtung erfolgt, so wird dem peculium durch die nachherige Verwendung für den Gewalthaber nichts entzogen, vielmehr nur eine Pflicht desselben erfüllt. Die actio de in rem verso entsteht hier daher nur für den Veräußerer. Die Sache ist nicht der Art in das peculium übergegangen, daß jeder Gläubiger gleichen Anspruch auf Befriedigung durch dieselbe erlangt hat. Es zeigt sich auch hier, wie wichtig es für den dritten Contrahenten ist, wenn er sich vor der Contractschließung vergewissert, ob der Untergebene den animus negotia gerendi hat. Wenn der Dritte dies nicht gethan hat, so ist es seine eigne Schuld, daß er später mit allen anderen Peculiargläubigern denselben Rang

einnimmt. Die naturale Pflicht des Gewalthabers, den Untergebenen zu liberiren oder zu entschädigen, tritt aber dem peculium hinzu, wie z. B. l. 7 §. 5 6 D. de pec. (15, 1) l. 1 §. 2, l. 19 D. h. t. ergeben und näher nachgewiesen ist von Mandry, Begriff und Wesen des peculium S. 44 fl. Diese Peculiarforderung kann nicht bloß der Veräußerer der verwandten Sache, sondern jeder Peculiargläubiger zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen, aber wenn der Veräußerer die actio de peculio gleichzeitig mit anderen Gläubigern durchsetzt, so hat er ein Vorzugsrecht. Seine actio de peculio ist, wie l. 1 §. 2 D. h. t. sagt: uberior, woraus sich deutlich ergiebt, daß die naturalis obligatio als Bestandtheil des peculium angesehen wird. Wenn aber Windscheid, Pandecten §. 483 Note 2 aus diesen Gründen annimmt, daß das in rem versum stets mit der actio de peculio in Anspruch genommen werden kann, so lange sie begründet ist, so kann ich ihm darin nicht beistimmen, denn es hängt nach meiner Auffassung der gesetzlichen Bestimmungen ganz von dem freien Willen des Gewalthabers ab, ob er Peculiarschuldner bleiben will. In l. 7 §. 5 D. de peculio sagt Ulpian:

> Sed et id quod dominus servodebet, sibi in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit, et dominus ei debitor manere voluit.

Ich nehme nicht an, daß der Gewalthaber beliebig aufhören kann Naturalschuldner zu sein, denn dann wäre die Naturalschuld keine Schuld. Aber er kann beliebig aufhören Peculiarschuldner zu sein, also bestimmen, daß seine Naturalschuld dem peculium nicht angehören soll. Wohlerworbene Rechte kränkt er damit nicht, denn die actio de in rem verso wird durch diese Abtrennung nicht berührt, und wer nur die actio de peculio hat, kann sich nicht beklagen, wenn das, nicht durch seine Mittel, begründete in rem versum ihm entzogen wird,

umsoweniger, als er, bei gleichzeitigem Auftreten mit der actio de peculio, dem Gläubiger nachstehen würde, welcher dem Untergebenen die Mittel zu dem in rem verso verschafft hat. Aus dem letzten Theil der l. 1 §. 2 D. h. t.

> Certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset videndum. Et refert Pomponius, Julianum existimare: de peculio actione perimi de in rem verso actionem, quia in peculium conversum esset, quod in rem domini erat versum, et pro servo solutum esset, quemadmodum ipsi servo a domino fuisset solutum. Sed ita demum si praestiterit ex actione de peculio dominus, quod servus in rem ejus verterat. Ceterum si non praestiterit manet actio de in rem verso.

geht hervor, daß der Gläubiger, welcher die Mittel zur Version nicht hergegeben hat, dennoch das in rem versum oder vielmehr die dadurch begründete Naturalschuld des Gewalthabers mit seiner actio de peculio in Anspruch nehmen kann. Ist er dem Gläubiger, von welchem die Mittel zur Version herrühren, zuvorgekommen, und hat der Gewalthaber auf Grund seiner Klage den Betrag des in rem versum entrichtet, so ist damit die actio de in rem verso des anderen Gläubigers erloschen. Aber der Gewalthaber kann, wie die Worte „si non praestiterit" ergeben, noch bei Feststellung des peculium durch den Richter, bestimmen, daß seine Naturalschuld nicht zum peculium gehören soll. Die Worte „quia in peculium conversum esset, quod in rem domini erat versum" verstehe ich dahin: wenn der Sclave animo negotia gerendi etwas erwirbt, so geht dies in das peculium über mit der Pflicht es für den dominus zu verwenden. Durch die Erfüllung dieser Pflicht wird der dominus Schuldner des peculium. Die Verwendung zum Nutzen des Herrn ist also zugleich eine Verwen-

dung in das peculium. Einige Schriftsteller nehmen freilich an, daß eine Naturalschuld des Gewalthabers gar nicht außerhalb des peculium bestehen könne[1]). Allein diese Meinung dürfte sich mit den angeführten Gesetzen schwer vereinigen lassen. Ich gehe auf diese Ansicht nicht weiter ein, weil dies für meinen Zweck nicht nöthig ist. Es kam mir bloß darauf an, zu zeigen, daß die actio de peculio für die Geltendmachung des in rem versum von untergeordneter Bedeutung ist. Es mag nur noch hervorgehoben werden, daß Windscheids Ansicht, nach welcher die durch negotiorum gestio oder auf andere Weise entstandene naturalis obligatio des Gewalthabers, immer mit der actio de peculio verfolgt werden kann, zu der nicht unbedenklichen Consequenz führt, daß auch die Gläubiger des Untergebenen, welche die zur Version benutzten Mittel nicht hergegeben haben, jene naturalis obligatio mit ihrer actio de peculio in Anspruch nehmen können, da dieselbe pars peculii ist. Tritt der, welcher die Mittel hergab, gleichzeitig auf, so kann er freilich ein Vorzugsrecht in Anspruch nehmen. Aber wenn er dies versäumt, oder von den Schritten der anderen Gläubiger nichts erfährt, so wird der Betrag des in rem versum ausschließlich den anderen Gläubigern zugesprochen, womit seine actio de in rem verso erfolglos wird. Die Meinungen sind übrigens in Ansehung der hier berührten Fragen sehr verschieden. So behauptet z. B. Keller (commentatio ad l. si ex duobus 32 D. de peculio §. 2 seq.), daß die Naturalschuld des Gewalthabers dem peculium immer nur durch eine darauf gerichtete Erklärung des Gewalthabers hinzugehe, wofür er sich beruft auf §. 20 J. de legatis, l. 23 §. 1 D. de peculio legato, l. 7 §. 5 D. de peculio[2]).

---

1) Vergl. darüber Löwenfeld a. a. O. §. 1 ff.

2) Vergl. auch Mandry a. a. O. S. 44 ff. Witte, Bereicherungsklagen S. 257. Löwenfeld a. a. O. §. 3.

Ist durch die animo negotia gerendi erfolgte Contractschließung mit dem Dritten, die obligatio negotiorum gestorum zwischen dem Gewalthaber und den Untergebenen entstanden, dieser also verpflichtet, die für das peculium erworbenen Gegenstände im Interesse des Gewalthabers zu verwenden, jener aber für den Fall dieser Verwendung das peculium von der übernommenen Verbindlichkeit zu befreien, so kann der nachträglich eintretende animus donandi des Untergebenen daran nichts mehr ändern. Die Verbindlichkeit des Gewalthabers ist abhängig von der Verwendung, zu welcher der Untergebene obligirt ist. Nimmt er dieselbe animo donandi vor, so ist das rechtlich ohne Bedeutung, denn es kommt nur darauf an, daß die Verwendung wirklich erfolgt. Dies ist der Fall der sehr bestrittenen l. 7 §. 1 D. h. t., auf die ich zurückkomme. Zu bemerken ist noch, daß wenn ein servus (oder filius) rem domini gerens in der Weise contrahirt, daß der Erwerb nicht in das peculium, sondern sofort in des Gewalthabers Vermögen übergeht, ebenfalls die gegenseitige obligatio neg. gestorum eintritt. Die Verbindlichkeit des Gewalthabers, welche natürlich davon abhängt, daß die erworbenen Sachen ihm wirklich zu Gute kommen, tritt zunächst dem peculium hinzu, so daß auch hier das in rem domini versum, zugleich in peculium conversum ist. Ein nachträglicher animus donandi des Untergebenen ist auch hier ohne Bedeutung, denn was dem dominus bereits gehört, kann ihm nicht mehr geschenkt werden.

Die negotiorum gestio endlich, welche animo donandi unternommen und ausgeführt wird, ist rechtlich keine negotiorum gestio, sondern eine Schenkung in der äußeren Gestalt der negotiorum gestio. Es ist nun behauptet, daß die Römer auf diese äußere Form Gewicht gelegt haben, daß sie lediglich wegen der Form der neg. gestio dem dritten Contrahenten, z. B. dem Darleiher des vom Sohn dem Vater in jener Form ge-

schenkten Geldes, die actio de in rem verso gegeben haben[1]). Es ist sogar gesagt: wenn der Untergebene eine Schuld des Gewalthabers bezahle, so besorge er ein negotium necessarium; erfolge die Bezahlung animo donandi, so sei das negotium zugleich utile. Freilich ist es für den Gewalthaber utile, wenn ein untergebener oder gewaltfreier Geschäftsführer seine Schulden animo donandi bezahlt, aber diese Art der Nützlichkeit begründet ebensowenig für den untergebenen als für den gewaltfreien negotiorum gestor eine Verbindlichkeit des Geschäftsherrn, weshalb denn auch nicht von der actio de in rem verso die Rede sein kann, wie unten noch näher gezeigt werden wird. Für mich sind die eben angeführten Meinungen nur verfehlte Versuche zur Beseitigung der l. 7 §. 1 D. h. t. Die Römer behandeln die Schenkung als Schenkung, sie mag auftreten in welcher Form sie will, und hatten wahrlich keinen Grund dem dritten Contrahenten, welcher einem Haussohn oder Sclaven die Mittel zu einer Schenkung verschafft hatte, mit einer Klage gegen den Beschenkten zu Hülfe zu kommen. Eine derartige Vorschrift wäre auch sehr inconsequent gewesen, da die actio de in rem verso unzweifelhaft nicht stattfindet, wenn der Untergebene dem Gewalthaber Peculiarsachen schenkt, obgleich er dadurch den Bestand des peculium zum Nachtheil des dritten Contrahenten vermindert. Es ist zwar bemerkt worden, daß den Peculiargläubigern hier mit der clausula doli geholfen werden könne. Allein in dolo ist der Gewalthaber nur, wenn er die Schenkung annimmt obgleich er weiß, daß das peculium, aus dem er beschenkt wird, überschuldet ist, und wenn der Untergebene dadurch schenkt, daß er die Geschäfte des Gewalthabers animo donandi besorgt, so kommt die Schenkung ohne Annahme zu Stande, weshalb auch nicht von einem dolus des Gewalthabers die Rede sein kann.

1) Brinz, kritische Blätter 2 S. 16.

2. Der Untergebene hat kein peculium. Dieser Fall, auf den meine im ersten Bande des oldenburgischen Archivs mitgetheilte Abhandlung über außergerichtliche Repräsentation sich bezieht, ist heutzutage, wenn nicht allein, so doch fast allein noch practisch. Mir ist während meiner langjährigen richterlichen Praxis kein Fall vorgekommen, in dem eine der Parteien sich auf die Grundsätze der actio de peculio berufen hätte. Aeltere Juristen sind nun der Meinung, daß die actio de in rem verso in diesem Falle gar nicht stattfinde. So sagt z. B. Janus a Costa comment. ad §. 4 J. quod cum eo:

> Actioni de peculio inest actio de in rem verso, quae dari non potest nisi aut sit aut fuerit peculium. Versum enim pars peculii est, quia hoc dominus servo debet. Aequum autem est, ut sicut naturalia debita minuunt ipso iure peculium, cum scilicet servus domino debet, ita etiam augeant, cum dominus est servo naturaliter obligatus et.

Dieser Ansicht, mit der Ulpian nach l. 1 D. h. t. offenbar nicht übereinstimmt, scheint Witte a. a. O. nicht fern zu stehen, indem er bemerkt, daß mit Haussöhnen, besonders aber mit Sclaven, die kein peculium hatten, schwerlich contrahirt sein werde, und daß die actio de in rem verso eingeführt sei, um den Peculiargläubigern einen Ersatz zu gewähren für die aus dem peculium im Interesse des Gewalthabers verwendeten Gegenstände. Daß darin der Grund für die Einführung unserer Klage nicht zu finden ist, bedarf nach dem obigen keiner weiteren Bemerkung. Ich erinnere nur an den wichtigsten Fall, wo der Untergebene animo negotia gerendi etwas für das peculium erwirbt, und es dann für den Gewalthaber verwendet. Und was die Behauptung betrifft, daß den Haussöhnen und Sclaven, die kein peculium hatten, nicht creditirt sein werde, so kann man noch heute jeden Tag die Erfahrung machen, daß Ge-

werbtreibende aller Art nicht das geringste Bedenken tragen, Haussöhnen und Haustöchtern werthvolle Gegenstände auf Credit zu verabfolgen, wenn ihnen die Familie nicht unbekannt ist und sie sich nur einigermaßen davon überzeugen, daß die Sachen dem Gewalthaber direct oder indirect zukommen oder zum Nutzen gereichen werden. Nach den Erfahrungen, die ich als Strafrichter gemacht habe, gehen sie mit ihrem Vertrauen oft nur gar zu weit. Personen, die sich für Angehörige oder Dienstboten bekannter Familien ausgeben, werden nicht selten werthvolle Dinge zur Ansicht des Gewalthabers oder der Herrschaft mitgegeben. Selbst vorsichtige Kaufleute pflegen derartige Anträge nicht zurückzuweisen, sondern sich darauf zu beschränken, daß sie dem Entnehmer der Waare Jemand nachsenden, um zu ermitteln, wohin derselbe sich begiebt. Denn die Zurückweisung würde den Geschäftsmann in Gefahr setzen, seine Kunden zu verlieren und sie Anderen zuzutreiben. Bei den Römern wird es nicht viel anders gewesen sein. So lange aus den Verträgen der Sclaven und Hauskinder überall noch nicht gegen den Gewalthaber geklagt werden konnte, wird es den Untergebenen freilich schwer genug gewesen sein, Verträge einzugehen, denn auf den bloßen guten Willen des Gewalthabers wird sich nicht leicht Jemand verlassen haben. Aber die Gesetzgebung erkannte, daß für Fälle wo ein ausreichendes peculium nicht vorhanden war, eine genügende Creditfähigkeit der Gewaltunterworfenen hergestellt werde, wenn dem Gewalthaber nur der Gewinn abgesprochen und zur Entschädigung der dritten Contrahenten bestimmt werde, den das Gewaltverhältniß für ihn mit sich brachte. Die Nachtheile, welche durch culpa oder dolus der Gewaltunterworfenen entstehen konnten, mußte man den dritten Contrahenten zur Last legen, denn deren Sache war es, ob sie den Haussöhnen oder Sclaven Vertrauen schenken zu können glaubten, und man durfte annehmen, daß sie in der Regel sehr gern

bereit sein würden, diese Gefahr zu übernehmen, um nur contrahiren zu können.

Auch wo ein peculium nicht vorhanden war, entstand die actio de in rem verso vorzugsweise durch negotiorum gestio der Gewaltunterworfenen. Durch die animo negotia gerendi erfolgende Contractschließung entstand die obligatio neg. gestorum des Gewalthabers und die actio de in rem verso des dritten Contrahenten, welche allerdings noch dadurch bedingt war, daß die erworbenen Gegenstände wirklich im Interesse des Gewalthabers verwendet wurden, oder der Untergebene wenigstens ohne seine Schuld die Verwendung unterließ. Ein nachträglicher animus donandi des letzteren war ohne Bedeutung, denn die von demselben erworbenen Sachen waren bereits in des Gewalthabers Vermögen übergegangen und konnten ihm also nicht mehr durch Schenkung zugewendet werden. Aehnlich verhielt es sich auch dann, wenn der Untergebene eine Sache ohne animus negotia gerendi, zu eigenen Zwecken erwarb. Dieselbe ging gleich in des Gewalthabers Vermögen über, so daß der Untergebene, wenn er gewaltfrei gewesen wäre, gegen den Gewalthaber wegen grundloser Bereicherung hätte klagen können. Wenn der Sclave z. B. für sich ein Darlehn von 40 aufnahm, und dem Gewalthaber darauf die 40 auszahlte, so konnte, wenn der Sclave dem Herrn 30 schuldig war, der Darleiher gegen den Herrn mit der actio de in rem verso auf Erstattung von 10 klagen.

L. 10 §. 7 D. h. t. Si domino debitor sit servus et ab alio mutuatus solverit ei, hactenus non vertit, quatenus domino debet, quod excedit vertit. Proinde si domino deberet triginta, mutuatus quadraginta, creditori ejus solverit, vel familiam exhibuerit, dicendum erit, de in rem verso in decem competere actio-

nem. Nam ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum.

Der Sclave lieh das Geld zu eigenen Zwecken. Dasselbe ging gleich in des Herrn Vermögen über, und nachdem es diesem zugekommen oder für ihn verwendet war, konnte der Darleiher auf den Betrag klagen, welcher nach Abzug dessen übrig blieb, was der Sclave dem Herrn schuldig war. Darin bestand das lucrum domini, welches hier durch den Uebergang des Geldes in das Vermögen des Herrn begründet worden war [1]).

Contrahirte der Gewaltunterworfene nicht mit der Absicht, den Gewalthaber zu verpflichten, sondern animo donandi, so entstand die actio de in rem verso nicht. Man kann zwar, wie schon bemerkt wurde, den Einwand erheben, daß der Vater hier ebenfalls lucrire. Brinz a. a. O. sagt: wenn irgendwo

1) Zum Beweise dafür, daß die ungerechtfertigte Bereicherung des Gewalthabers aus dem Vermögen des Untergebenen die actio de in rem verso begründet, nehme ich noch Bezug auf l. 19 D. h. t. Ein Haussohn hat eine Toga gekauft. Nach seinem Tode hat der Vater, in der Meinung, daß die Toga ihm selbst gehöre, sie bei der Bestattung des Sohns verwendet. Da die Beerdigungskosten dem Vater oblagen, so meint Neratius, daß der Verkäufer die actio de in rem verso anstellen könne. Das peculium wurde während eines annus utilis nach dem Tode des Inhabers als fortbestehend, demnach so behandelt, als wäre es noch das patrimonium des Sohns. Hätte aber der Sohn noch gelebt, und wäre er gewaltfrei gewesen, so hätte er in einem derartigen Falle wegen grundloser Bereicherung des Vaters gegen diesen klagen können. Das ist der Grund, aus dem Neratius wegen Verwendung der zum peculium gehörenden Toga die actio de in rem verso gegen den Vater giebt. — Diese Meinung wird von Paulus nicht verworfen, sondern nur beschränkt. Derselbe sagt: wenn jedoch (atquin si) der Vater dem Sohne die Toga kaufen mußte, so erfolgte die Verwendung schon zur Zeit des Ankaufs, nicht erst zur Zeit der Bestattung. Paulus tadelt den Neratius also nur insofern, als derselbe nicht unterscheidet, ob die Toga für den Sohn nothwendig war oder nicht. Daß die Ansicht des Neratius auch für den letzten Fall unrichtig sei, will Paulus nicht behaupten. Die Verwendung erfolgte auch offenbar nicht zur Zeit des Ankaufs, wenn der Vater gar nicht schuldig war die Toga zu kaufen.

der Gewalthaber de in rem verso hafte, so müsse er vor allem da haften, wo er lucrire, und sucht nachzuweisen, daß es dabei auf die Form ankomme, in welcher der Gewalthaber lucrire. Wenn der Sclave das geliehene Geld dem Herrn schenkt, so giebt Brinz die a. de in rem verso nicht, wohl aber wenn er Schulden des Herrn animo donandi mit dem Gelde bezahlt. Andere geben die Klage sogar in beiden Fällen. Man erwäge dagegen zunächst Folgendes. Der Sclave sagt zu dem Dritten: Ich will meinem Herrn damit ein Geschenk machen, daß ich ihn von einem lästigen Gläubiger, der 100 zu fordern hat, befreie, und bitte mir zu dem Ende 100 zu leihen. Der Dritte giebt das Geld her und der Sclave befriedigt damit den Gläubiger seines Herrn. Sollte nun der Dritte, welcher wußte, daß sein Geld zu einer Schenkung bestimmt sei, und der selbst die Hand dazu geboten hat, den Betrag des geliehenen Geldes mit der actio de in rem verso wiederfordern, also die durch seine Mitwirkung zu Stande gekommene Schenkung dem praktischen Erfolge nach wieder aufheben können? Man könnte vielleicht einwenden, daß die Sache sich in dem Falle allerdings anders verhalte, wo der Dritte gewußt habe, daß der Sclave animo donandi handle. Allein wenn der Dritte sich gar nicht darum bekümmert, was der Gewaltunterworfene beabsichtigt, so verdient er die actio de in rem verso offenbar ebensowenig. Er hat dem Sclaven ganz freie Hand gelassen, muß also darauf gefaßt sein, daß derselbe die hergegebenen Mittel seinem Herrn schenkt, animo donandi, oder auch gar nicht für denselben verwendet. Es ergiebt sich hieraus, wie mir scheint, daß das lucrum des Gewalthabers nicht immer den Ausschlag geben kann, auch da nicht, wo es ihm in der Form der negotiorum gestio zugegangen ist, ferner aber daß die römische Gesetzgebung mit gutem Grunde von dem Gedanken ausging: die vermögensrechtliche Lage des Gewalthabers dürfe durch die actio

de in rem verso nie schlechter werden, als sie sein würde, falls das Gewaltverhältniß nicht bestanden hätte, und daß der dritte Contrahent sich nicht zu beklagen habe, wenn ihm kein Rechtsmittel gegen den Gewalthaber zustehe, wo er keinen Grund habe auf ein solches zu rechnen. Zur Voraussetzung der actio de in rem verso wurde die Erkundigung des Dritten nicht gemacht, aber wenn er sich nicht erkundigte, hatte er gewiß keinen Grund sich zu beklagen, wenn er demnächst ein Rechtsmittel nicht vorfand, auf das er nicht gerechnet hatte. Wenn er sich erkundigte und der Haussohn oder Sclave erklärte, daß er als negotiorum gestor contrahire, so entstand die obligatio neg. gestorum des Gewalthabers mit der Contractschließung und die actio de in rem verso des Dritten war nur noch davon abhängig, daß der gestor sich weder einer culpa noch eines dolus schuldig machte.

III. Das durch negotiorum gestio begründete in rem versum.

Ulpian sagt in der bekannten l. 3 §. 2 D. h. t., daß die actio de in rem verso stattfinde, wenn ein negotiorum gestor die actio neg. gestorum haben würde. Das kann nur so verstanden werden, daß der Contrahent des Gewaltunterworfenen die actio de in rem verso hat, wenn der Gewaltunterworfene die actio negotiorum gestorum haben würde, falls er nicht in der Gewalt wäre. Das ist die einfachste und natürlichste Auslegung. Dem Gewalthaber, dessen Geschäfte besorgt werden mußten, damit Nachtheile abgewendet würden, sind die Auslagen erspart, welche er zu machen hätte, wenn ein gewaltfreier gestor eingetreten wäre. Es ist daher billig, daß er die Aufopferung des dritten Contrahenten bis auf diesen Betrag erstattet. Eine Aufopferung muß der dritte Contrahent nämlich gemacht haben, weshalb es in der Regel nicht genügt, wenn

er bloß mit dem Gewaltuntergebenen contrahirt hat, ohne daß der Vertrag erfüllt worden ist. Da nämlich der Gewalthaber die Erfüllung nur fordern kann, wenn er sich zu der von dem Untergebenen versprochenen Gegenleistung bereit erklärt, so ist, wenn nicht etwa eine Werthverminderung eingetreten ist, der Dritte völlig gedeckt, so daß er die actio de in rem verso nicht nöthig hat. Es wäre daher ungenau gewesen, wenn Ulpian in l. 3 §. 2 h. t. nur gesagt hätte, daß der Dritte die actio de in rem verso habe, sofern einem negotiorum gestor die actio neg. gestorum zustehen würde, denn diese Klage kann angestellt werden und zwar auf Liberation des Gestor, wenn auch nur eine dem Interesse des dominus entsprechende Contractschließung erfolgt ist. Zur Begründung der actio de in rem verso ist dagegen, wie bemerkt, in der Regel erforderlich, daß der vom Haussohn oder Sclaven mit dem Dritten geschlossene Vertrag auch erfüllt ist, und daß, wie sich von selbst ergiebt, der von dem Dritten aufgeopferte Gegenstand dem Gewalthaber zu Gute gekommen oder doch der Versuch gemacht ist, denselben in seinem Interesse zu verwenden. Daher fügte Ulpian jenem Ausspruch hinzu: quotiesque aliquid consumserit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem. — Bei der Frage, ob die actio de in rem verso durch Geschäftsführung begründet ist, sind also die in Betreff der negotiorum gestio bestehenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen. Es fragt sich in jedem einzelnen Falle, ob die Thatsachen vorliegen, welche dem Gestor, wenn er gewaltfrei wäre, die actio negotiorum gestorum auf Entschädigung begründen würde. So viel als mit dieser Klage verlangt werden könnte, ist dem Gewalthaber dadurch erspart, daß statt eines gewaltfreien Gestor ein gewaltunterworfener eingetreten ist. — Es ist nun nicht meine Absicht, die Grundsätze der negotiorum gestio hier ausführlich zu entwickeln, umsoweniger, als

ich die in meiner 1858 zu Oldenburg erschienenen Abhandlung über neg. gestio ausgeführten Ansichten noch jetzt für richtig halte [1]). Aber auf einige Punkte ist mit Rücksicht darauf etwas näher einzugehen, daß verschiedene Gesetzstellen, die meinen Ansichten über die actio de in rem verso scheinbar entgegen stehen, einer Erläuterung bedürfen.

Zur Begründung der naturalis obligatio neg. gestorum des Gewalthabers durch Geschäftsführung eines seiner Haussöhne oder Sclaven, ist zunächst erforderlich, daß letzterer animo negotia gerendi, nicht animo donandi, eine Verwaltungshandlung vornimmt, vermöge deren er entweder eine Verbindlichkeit übernimmt oder eine Aufopferung aus seinem Vermögen (peculium) macht. Eine Aufopferung aber ist nicht vorhanden so lange der Gestor die Handlungen, welche er bereits vorgenommen hat, einseitig rückgängig machen kann. Wenn ein Gläubiger des Gewalthabers Zahlung verlangt, und der Haussohn des letzteren sich mit einer dem peculium entnommenen Summe Geldes auf den Weg macht, um den Gläubiger zu befriedigen, so handelt er damit schon im Interesse der Verwaltung, aber da er den animus gerendi noch aufgeben und Alles rückgängig machen kann, so ist es ungewiß, ob jene Handlung zur Begründung der obligatio neg. gestorum führen wird, bis die Zahlung an den Gläubiger wirklich erfolgt ist. Tritt also vor der Zahlung ein Zufall ein, wird z. B. dem Sohn das Geld unterwegs geraubt, so hat letzterer den Schaden zu tragen. Das noch nicht existirende Obligationsverhältniß zwischen Vater und Sohn kann von dem Zufall nicht getroffen werden. Man könnte das Bedenken erheben, daß die Verwaltung den Zufall veranlaßt habe, indem der casus sich nicht ereignet hätte, wenn der Sohn die Verwaltung nicht über-

---

1) Vergl. auch diese Jahrbücher Bd. 9 S. 223 ff.

nommen hätte, und also mit dem Gelde zu Hause geblieben wäre. Allein es ist und bleibt ungewiß, ob die Verwaltung den Zufall herbeigeführt hat, weil es ungewiß ist, ob die Absicht, eine verpflichtende Verwaltungshandlung vorzunehmen, wirklich zur Ausführung gekommen wäre [1]), und die bloße Absicht rechtlich bedeutungslos ist, wenn sie vor ihrer Ausführung wieder aufgegeben wird. Hätte der Sohn das Geld animo negotia gerendi geliehen, sei es nun für sein peculium oder im Namen des Vaters, so würde der Zufall den Vater treffen, weil die obligatio neg. gestorum mit Abschluß des Darlehnscontracts ins Leben getreten wäre. — Wenn der Haussohn, in der Absicht des Vaters Geschäfte zu besorgen, seiner Schwester eine Aussteuer giebt, und dazu Sachen bestimmt, die er dem zu seinem peculium gehörenden kaufmännischen Geschäfte entnommen hat, so ist die obligatio negotiorum gestorum nicht begründet, so lange mit den Sachen noch keine Veränderung vorgenommen ist und dieselben noch nicht in Gebrauch genommen sind, also ihrer früheren Bestimmung zurückgegeben werden können. Von dem Augenblick an, wo dies unthunlich wird, ist die obligatio naturalis begründet und der Vater für den Zufall verantwortlich. — Daß der Haussohn die obligatio naturalis nicht ins Leben ruft, demnach also, seine Gewaltfreiheit vorausgesetzt, die actio neg. gestorum nicht begründen würde, wenn er die Geschäfte des Vaters animo donandi besorgt, versteht sich von selbst und wird in Ansehung der Lehre von der actio de in rem verso durch verschiedene Gesetze z. B. l. 10 §. 2 D. h. t. bestätigt. Nun wird aber, wie ich schon oben bemerkt habe, von einigen Schriftstellern behauptet, daß eine animo donandi erfolgte Geschäftsführung der Untergebenen zwar nicht die obligatio neg. gestorum ins Leben rufe,

1) Vergl. l. 26 §. 6 D. mand. 17, 1.

wohl aber die actio de in rem verso des Dritten begründe. Diese Ansicht, welche schon durch das widerlegt sein dürfte, was ich oben darüber gesagt habe, wird durch l. 7 §. 1 D. h. t. nur scheinbar unterstützt. Die Stelle lautet:

> Plane si mutuum servus accepit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

Es ist nun behauptet worden

1) die Stelle rede von einer animo donandi erfolgten Geschäftsführung. Der Sclave habe schon bei der Contractschließung den animus donandi gehabt, und das geliehene Geld mit demselben animus zur Befriedigung eines Gläubigers des Herrn verwendet. Diese in der Form der neg. gestio erfolgte Schenkung begründe die actio de in rem verso. Allein die Stelle ergiebt nicht, daß der Sclave schon bei der Contractschließung den animus donandi hatte, denn sie sagt nur, daß der Sclave Geld geliehen und demnächst animo donandi gehandelt habe. Käme es auf die Form der negotiorum gestio an, so müßte die actio de in rem verso auch begründet werden durch eine mit Geldern, die dem peculium bereits angehörten, animo donandi erfolgte Befriedigung von Gläubigern des Gewalthabers. Von der Aufnahme eines Darlehns hätte Ulpian also nicht zu sprechen brauchen. Nachdem er in l. 7 pr. gesagt hatte, daß der Sclave die actio de in rem verso nicht begründe, wenn er dem Herrn res peculiares schenke, wäre der Gegensatz viel präciser hervorgehoben, wenn er in l. 7 §. 1 bemerkt hätte, daß der Sclave allerdings die actio de in rem verso begründe, wenn er nummos peculiares animo donandi an einen Gläubiger des Herrn auszahle. Aber freilich ist in der Stelle auch nicht einmal bestimmt gesagt, daß einem Gläubiger des Herrn gezahlt sei. Es kann auch dem Herrn selbst gezahlt sein. Wir müssen also eine Lösung versuchen,

die auch für diesen Fall die actio de in rem verso rechtfertigt.

2) Der Sclave habe das Geld nicht für sein peculium geliehen, und es demselben nicht einverleibt (Buchka). Könnte man annehmen, daß der Sclave das Geld geliehen habe, mit der Absicht, es neben dem peculium zu haben, so wäre dasselbe sofort in das Vermögen des Herrn übergegangen. Damit wäre, wie in den Fällen der l. 3 pr. und l. 10 §. 7 D. h. t., sofort die actio de in rem verso entstanden, und der nachher eingetretene animus donandi hätte, wie schon oben bemerkt wurde, keine rechtliche Bedeutung. Allein der Zusammenhang weist darauf hin, daß das Geld grade für das peculium geliehen ist, was auch Brinz a. a. O. annimmt. Ulpian wollte zeigen, daß eine Schenkung oder schenkungsweise Verwendung von Peculiargegenständen die actio de in rem verso nicht unter allen Umständen ausschließe. Auch ist im Zweifel anzunehmen, daß der Sclave, welcher ein peculium hat, auch für dieses contrahirt, da es gleichsam patrimonium liberi hominis ist. — Ich setze dabei voraus, daß der Contract dem Interesse oder den Zwecken des peculium dienlich war. Ein Hauptzweck der concessio peculii bestand aber darin, dem Untergebenen geeigneten Falles die neg. gestio für den Gewalthaber zu erleichtern, weshalb es keinen Zweifel leidet, daß der Untergebene sein peculium erweitern oder umgestalten konnte, soweit sein animus negotia gerendi dies erforderlich machte.

3) Da hiernach l. 7 §. 1 mit l. 7 pr. und anderen Stellen in Widerspruch zu stehen scheint, so schlägt Windscheid a. a. O. vor: statt actio de in rem verso est zu lesen: actio de in rem verso cessat. Allein wenn man diesem gewagten Vorschlage zustimmt, so kommt man zu dem Ergebniß, daß Ulpian in l. 7 §. 1 ganz dasselbe sagt, was er in l. 7 pr. gesagt hatte. Denn ob das Geld eben erst für das peculium geliehen,

oder schon vorher darin gewesen war, kann keinen Unterschied machen. Auch scheint das Wort plane, mit dem l. 7 §. 1 beginnt, einen Gegensatz anzudeuten, an welchem es nach Windscheids Auffassung ganz fehlt.

Diese Schwierigkeiten fallen weg, wenn man davon ausgeht, daß Ulpian in l. 7 §. 1 von einem servus rem domini gerens spricht, d. h. von einem Sclaven, der eine allgemeine Geschäftsführung für den verhinderten Gewalthaber übernommen hat. Dieser Sclave nimmt im Laufe seiner allgemeinen Geschäftsführung ein Darlehn auf und begründet damit die obligatio neg. gestorum, welche ihn verpflichtet das geliehene Geld für den Herrn zu verwenden, diesen aber den Sclaven zu liberiren und für den Fall der Verwendung zu entschädigen. Darauf ändert er seine Absicht und zahlt das animo obligandi geliehene Glied animo donandi an einen Gläubiger des Herrn oder an diesen selbst aus, indem er denselben nicht mehr zum Peculiarschuldner machen will. Aber diese einseitige Aenderung des animus kann die einmal begründete obligatio naturalis nicht aufheben. Hätte der Sclave die naturale Pflicht, das geliehene Geld für den Herrn zu verwenden oder an ihn herauszugeben, nicht erfüllt, so würde der daraus erwachsene Gegenanspruch des Herrn die Verpflichtung desselben aufheben; aber der Sclave ist seiner Obliegenheit vollständig nachgekommen, denn daß er animo donandi gezahlt hat, nimmt seiner Leistung nichts von ihrem Werth. Für diese Auffassung läßt sich Folgendes anführen. L. 5 und 7 D. de in rem verso sind beide entnommen aus Ulpiani lib. 29 ad edictum und gehörten wahrscheinlich unmittelbar aneinander. Jedenfalls behandeln sie denselben Gegenstand. In l. 5 §. 3 heißt es:

Placet non solum eam pecuniam in rem domini verti, quae statim a creditori ad dominum pervenit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem toties verum

est, quoties servus rem domini gerens, locupletiorem eum facit nummis peculiaribus.

Danach wird also nicht bloß das Geld in rem domini vertirt, welches nicht in das peculium gelangt, sondern gleich von dem Gläubiger in des Gewalthabers Vermögen übergeht, wie z. B. das Geld, welches ein Sclave leiht, der kein peculium hat, oder das er mit der Absicht leiht, es nicht in das peculium übergehen zu lassen, sondern auch das Geld, welches dem peculium angehört hat. Letzteres aber ist nur dann wahr, wenn ein servus rem domini gerens den Gewalthaber mit Peculiargeldern bereichert. Dann wird ausgeführt, daß wo dieser Fall nicht vorliege (alioquin) die Bereicherung des Herrn durch das peculium jene Klage nicht begründe. Wenn der Herr dem Sclaven das Sondergut entziehe, oder ihn mit dem Sondergut verkaufe, werde eine Verwendung nicht angenommen, und deswegen — sagt Ulpian dann weiter in l. 7 pr. — so wie wenn der Sclave dem Herrn das Peculium, oder eine Peculiarsache schenke, finde die actio de in rem verso nicht statt.

— — Et ideo, et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit.

Im Gegensatz zu dieser Bemerkung wird dann ferner in l. 7 §. 1 hervorgehoben, daß auch die schenkungsweise Verwendung von Peculiargeld die actio de in rem verso begründen könne, nämlich in dem Fall, wo ein servus rem domini gerens Geld geliehen habe, und es sodann animo donandi verwende. Daß die Verwendung von Peculiargeld überall nur dann die actio de in rem verso begründe, wenn sie von einem servus rem domini gerens erfolge, war schon in l. 5 §. 3 bestimmt gesagt, weshalb Ulpian es nicht für nöthig hielt in l. 7 §. 1 noch einmal hervorzuheben, daß er von einem servus rem domini gerens spreche.

Diese Auffassung der l. 7 §. 1 h. t. hat vor Wind-

scheids Ansicht den Vorzug, daß nach ihr keine Aenderung des Textes der Stelle erforderlich ist, und vor den Meinungen von Brinz und Löwenfeld den, daß sie nicht zu einem der Natur der Sache widersprechenden Ergebniß führt. Die Gesetzgebung hatte keinen Grund dem Darleiher die actio de in rem verso zu geben, welcher wußte, oder weil er sich um das künftige Schicksal seines Geldes nicht bekümmerte, darauf gefaßt sein mußte, daß der mit ihm contrahirende Sohn oder Sclave das Geld dem Gewalthaber schenken oder animo donandi für denselben verwenden werde. Die actio de in rem verso ist ein Institut der Billigkeit. Diese aber verlangt durchaus nicht, daß der Dritte neben seinem Mitcontrahenten auch noch den Gewalthaber zum Schuldner erhält, wenn er von vorn herein weiß oder darauf gefaßt sein muß, daß sein Mitcontrahent es gar nicht darauf abgesehen hat, den Gewalthaber zum Schuldner zu machen. Bemerken will ich noch, daß wenn der Gewaltuntergebene das animo negotia gerendi geliehene Geld dem Gewalthaber donandi animo auszahlt, darin unter Umständen ein die obligatio neg. gestorum aufhebender Nachlaßvertrag enthalten sein könnte. Allein ein derartiger Nachlaßvertrag würde dem Dritten schon allein deshalb nicht im Wege stehen, weil der Gewalthaber, um acceptiren zu können, von der Sachlage in Kenntniß gesetzt werden müßte. Damit aber würde er in dolus gerathen und eine solche Aufhebung der obligatio neg. gestorum oder des in rem versum steht dem Dritten nicht entgegen. Wenn der Gewalthaber den Betrag des in rem versum dem Untergebenen auszahlt, obgleich er Grund hat anzunehmen, daß dieser ein leichtsinniger Verschwender sei, und den Betrag alsbald verschleudern wird, oder auch in der nicht fehlgehenden Erwartung, daß der Untergebene ihm den ausgezahlten Betrag schenken werde, so findet trotz der Auszahlung eine Klage des Dritten auf den Betrag der Bereicherung statt, wenn

auch nicht die actio de in rem verso, so doch die actio doli. L. 10 §. 6 D. h. t.

Ich weise hier schließlich noch einmal darauf hin, daß die Gesetzgebung auf diesem Gebiete den dritten Contrahenten so weit, aber offenbar auch nicht weiter zu Hülfe kommen wollte, als sie konnte, ohne gegen den Gewalthaber unbillig zu werden. Sie konnte dem Gewalthaber unbedenklich die Vortheile absprechen, welche er lediglich dem Gewaltverhältniß verdankte, und ihn demnach wirthschaftlich in die Lage versetzen, in der er sich befinden würde, sofern das Gewaltverhältniß nicht bestanden hätte. Aber weiter zu gehen war sie nicht veranlaßt. Wenn ein Sclave animo donandi Geld lieh und des Herrn Geschäfte besorgte, so wurde dieser freilich auf Kosten des Darleihers bereichert, aber diese Bereicherung war keine Folge des Gewaltverhältnisses, und es war um so weniger Grund vorhanden dem Dritten hier zu Hülfe zu kommen, als er sich gegen einen animus donandi seines Mitcontrahenten durch Erkundigung hätte sichern können. Erkundigt er sich nicht, so erklärt er damit stillschweigend, daß sein Mitcontrahent ihm als Schuldner genügt. Er kann von Glück sagen, wenn er trotzdem einen zweiten Schuldner vorfindet.

2) Durch Verwaltungshandlungen, wie sie oben näher bezeichnet sind, wird nun die obligatio negotiorum gestorum des Gewalthabers und die actio de in rem verso des Dritten insoweit begründet, als sie dem Gewalthaber zum Nutzen gereichen. Der Nutzen kann verschiedener Art sein.

A. Liegt es im Interesse des Gewalthabers, daß der Sohn oder Sclave für ihn verwaltet, indem er selbst wegen Abwesenheit oder anderer Hindernisse nicht gehörig verwalten kann, so ist schon das bloße Verwalten des Untergebenen ein Vortheil für ihn, weil ohne das Verwalten leicht Nachtheile eintreten würden. Es folgt daraus, daß hier schon die bloße Vornahme

von Verwaltungshandlungen, also auch die Abschließung von Verträgen, die nach den obwaltenden Verhältnissen angemessen erscheinen, ihm zum Nutzen gereichen, indem sie seinem wirthschaftlichen Interesse entsprechen. Dieser Nutzen, welcher eben darin besteht, daß den Nachtheilen vorgebeugt wird, die das Nichtverwalten mit sich bringen würde, kann, nachdem er einmal vollendete Thatsache geworden ist, durch keinen Zufall beseitigt werden. Der zufällige Untergang einer zur Geschäftsführung erworbenen Sache, z. B. des vom servus rem domini gerens geliehenen Geldes, beseitigt nur die Pflicht des Sclaven das Geld für den Gewalthaber zu verwenden, aber nicht die Pflicht des Gewalthabers den Sclaven zu liberiren oder zu entschädigen [1]). Wenn der Sclave, welcher ein peculium hat, animo negotia gerendi aber in eigenem Namen eine Sache kauft, so erwirbt er sie für sein peculium mit der Pflicht, sie für die Geschäfte des Herrn zu verwenden. Diese Pflicht fällt weg, wenn der Gegenstand zufällig untergeht, während die Pflicht des Herrn den Sclaven zu entschädigen oder zu liberiren bestehen bleibt, denn der wirthschaftliche Vortheil, den es für den letzteren hatte, daß der Sclave verwaltend eintrat, ist mit dem Untergang der Sache nicht weggefallen. Wenn der mit einem peculium nicht versehene Haussohn oder Sclave unter der hier fraglichen Voraussetzung als Gestor contrahirte, so ging das, was er erwarb, sofort in des Gewalthabers Vermögen über. Es waren damit zwei Vortheile des letzteren vorhanden, 1) daß überhaupt eine Verwaltungshandlung vorgenommen war, 2) daß der erworbene Gegenstand in des Ge-

1) Ob eine rechtliche Verpflichtung des Gewalthabers (naturalis obligatio) besteht, kommt nicht in Betracht, sondern nur ob eine civilis obligatio bestehen würde, wenn der Gestor gewaltfrei gewesen wäre. Diese Frage ist zu bejahen, wenn eine naturalis obligatio besteht, und insofern kommt es allerdings auf diese an.

walthabers Vermögen übergegangen war. Dieser zweite Vortheil kam für die Begründung der actio de in rem verso nicht weiter in Betracht, wenn der erste vorhanden war. Bestand er allein, so begründete er die obligatio neg. gestorum und die actio de in rem verso nur unter gewissen Voraussetzungen, von denen nachher weiter die Rede sein wird.

Den Beweis dafür, daß für den Geschäftsherrn, der selbst nicht verwalten kann, aber auch nur für diesen Geschäftsherrn, schon angemessene Contractschließungen ein utiliter gestum begründen können, habe ich schon in meiner Abhandlung über negotiorum gestio (Oldenburg 1858) §. 2 und in diesen Jahrbüchern Bd. 9 S. 258 ff. zu führen gesucht. Hier soll noch gezeigt werden, daß manche der über Contractschließungen handelnden Stellen des Digestentitels de in rem verso zur Unterstützung der von mir aufgestellten Ansicht dienen, indem sie nur dann einen vernünftigen Sinn haben, wenn man sich den Gewalthaber als verhindert denkt.

l. 17 pr. D. h. t. (Africanus).

> Servus si in rem domini pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdiderit, nihilominus posse cum domino de in rem verso agi existimavit. Nam et si procurator meus in negotia mea impensurus, pecuniam mutuatus, sine culpa ream perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum.

Im ersten Satz dieser Stelle, die ich schon Bd. 9 S. 273 dieser Jahrbücher berührt habe, ist offenbar von einem servus rem domini gerens, also von einem Sclaven die Rede, der ohne Auftrag das Vermögen seines Herrn verwaltet. Daß der Herr nicht selbst verwaltet, ist klar, denn sonst könnte der Sclave nicht ohne seine Genehmigung die Verwaltung übernehmen [1]).

---

1) Vergl. in dieser Hinsicht meine Abhandlung über neg. gestio (Oldenb. 1858) S. 7.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt der zweite Satz, wo gesagt wird, daß auch der procurator, welcher für die Geschäfte seines Principals Geld geliehen habe, dasselbe, nachdem es zufällig untergegangen sei, mit der actio mandati oder neg. gestorum ersetzt verlangen könne. Es ist nämlich nicht jeder Mandatar, sondern nur der, welcher ein sehr weit gehendes Mandat hat, wie der Universalmandatar und der Institar, zur Aufnahme eines Darlehns legitimirt, wonach in der Stelle nur dann eine richtige Schlußfolgerung ist, wenn Africanus im ersten Satz von einem Sclaven redet, der eine allgemeine Geschäftsführung für seinen Herrn übernommen hat. Nur in diesem Falle ist der, im zweiten Satze angeführte, Entscheidungsgrund für die im ersten Satz gegebene Entscheidung zutreffend, wogegen der Jurist unlogisch gedacht hätte, wenn seine Worte dahin zu verstehen wären: der Sclave, welcher als Gestor ein specielles Geschäft seines Herrn besorgt, kann den Herrn durch eine Anleihe naturaliter obligiren, denn der universelle Mandatar oder Gestor kann ihn durch eine Anleihe civiliter obligiren. — Es wird übrigens von allen Seiten zugegeben, daß l. 17 pr. nicht so allgemein verstanden werden darf, wie sie lautet, aber man behauptet gewöhnlich, es sei zu supponiren, daß der Sclave das Geld zu einem nothwendigen Geschäft geliehen habe, wobei dann kein Gewicht darauf gelegt wird, ob der Gewalthaber das Geschäft selbst hätte besorgen können oder nicht. Ich habe diese Ansicht schon früher zu widerlegen gesucht und will hier nur noch Folgendes bemerken. Ob der selbstverwaltende dominus zu seinen nothwendigen Geschäften Geld leihen muß oder nicht, kann der Gestor nicht mit Sicherheit beurtheilen. Gleichwohl soll der Geschäftsherr durch jede zu einem nothwendigen Geschäft vom Geschäftsführer gemachte Anleihe obligirt und mit der Gefahr des Zufalls belastet werden, also auch dann, wenn die Anleihe nach Lage der Verhält-

nisse unzweckmäßig war. Eine unzweckmäßige Verwaltungshandlung soll dem Geschäftsherrn die Gefahr des Zufalls aufbürden! Es versteht sich natürlich von selbst, daß eine vom Geschäftsführer gemachte Anleihe die obligatio neg. gestorum und die actio de in rem verso stets insoweit begründet, als das geliehene Geld wirklich zu nothwendigen Geschäften verwendet ist. Von diesem Falle wird unten noch die Rede sein.

l. 3 §. 1 D. h. t. (Ulpianus):

— — Sive cum servus domini negotia gerendi administrandive causa quid gessit, veluti si mutuatus sit pecuniam ut frumentum compararet ad familiam alendam. — —

Unter dem servus domini negotia gerens vel administrans versteht Ulpian, ebenso wie an anderen Orten unter dem servus rem domini gerens, einen Sclaven, der für seinen, an der Verwaltung verhinderten Herrn, eine allgemeine Geschäftsführung übernommen hat. Derselbe obligirt den Herrn schon durch bloße Contractschließungen, also z. B. si mutuatus sit pecuniam u t f r u m e n t u m compararet. Wenn das Geld vor dem Ankauf, oder das Getreide vor der Verwendung, zufällig untergeht, so ist doch immer ein angemessener, den Interessen des Herrn entsprechender Versuch gemacht, das fragliche Geschäft zu besorgen.

l. 7 §. 4 D. h. t. (Ulpianus):

Idem ait et si hereditatem a servo tuo emero, quae ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex emto actione me id ipsum consecuturum; videri enim in rem tuam versum, nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur, compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex emto, quod ad dominum pervenit. Ego autem non puto de in rem verso esse actio-

nem emtori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret.

Ein Sclave verkauft und tradirt eine seinem Herrn gehörende Erbschaft. Nachdem der Käufer die auf der Erbschaft lastenden Schulden bezahlt hat, wird ihm, ohne daß er wegen der bezahlten Schulden excipirt, die Erbschaft von dem Gewalthaber entzogen. Nach der Ansicht des Labeo, welche Ulpian referirt, ist nun die Abtragung der Schulden ein in rem versum, weshalb der Käufer mit der actio emti de in rem verso gegen den Gewalthaber klagen kann. Diese Ansicht wird indeß von Ulpian mit der Bemerkung verworfen, daß es darauf ankomme, ob der Sclave in der Absicht contrahirt habe: ut in rem domini verteret. Was der Käufer gethan hat, ist zwar eine Verwendung, wegen deren er hätte excipiren können, die aber zur Begründung der actio de in rem verso nicht geeignet ist [1]), weshalb auf die Abtragung der Schulden hier nichts ankommt. Wenn aber der Sclave animo negotia gerendi verkauft hat, und aus diesem Grunde gegen den Herrn auf Liberation also auf Uebernahme seiner Verpflichtung aus dem Kauf klagen könnte, sofern er als freier Gestor gehandelt hätte, so kann der Käufer dasselbe mit der actio de in rem verso verlangen. Daß nun aber der Sclave seinen Herrn unter allen Umständen obligirt, wenn er animo gerendi eine demselben gehörende Erbschaft verkauft, ist gewiß nicht anzunehmen. Er verpflichtet denselben durch eine solche Contractschließung offenbar nur dann, wenn der Herr dabei interessirt ist, daß diese Verwaltungshandlung für ihn vorgenommen wird, und ein solches Interesse liegt jedenfalls nicht vor, wenn der Herr selbst verwaltet und also in der Lage ist, eine so zweifelhafte Frage, wie die, welchen Werth eine Erbschaft hat, und ob die Veräußerung derselben den Ver-

1) Vergl. Löwenfeld a. a. O. S. 36.

hältnissen nach angemessen und nützlich ist, selbst erwägen und entscheiden zu können. Man ist daher zu der Annahme genöthigt, daß auch hier, wie in anderen Stellen, von einem servus rem domini gerens, d. h. von einem Sclaven die Rede ist, der eine allgemeine Geschäftsführung für seinen verhinderten Gewalthaber übernommen hat. Das in rem versum ist, wie gesagt, nicht in der Abtragung der Schulden zu finden, obgleich Einige (z. B. Windscheid a. a. O.) dies annehmen, sondern darin, daß der Sclave, dem Interesse des Herrn entsprechend, die Erbschaft verkauft und dadurch die obligatio neg. gestorum begründet hat. Daß der Gewalthaber als abwesend, oder aus anderen Gründen verhindert gedacht werden muß, leuchtet am besten ein, wenn man sich ihn als anwesend und sein Vermögen verwaltend vorstellt. Er erwirbt eine Erbschaft, auf der Schulden lasten, und einer seiner Sclaven, dem er die Verwaltung nicht übertragen hat, verkauft und tradirt die Erbschaft. Wie dieser Sclave im Stande sein kann, dem Käufer über den Activbestand der Erbschaft und über die Schulden genügende Auskunft zu geben und wie er die unter der Verwaltung seines Herrn befindlichen Erbschaftssachen tradiren kann, ist nicht zu ermessen. Gleichwohl kauft der Dritte die Erbschaft und bezahlt sogar die Schulden, ohne sich darum zu bekümmern, ob der Gewalthaber mit dem Verkauf zufrieden ist, obgleich dessen Genehmigung so leicht nachgesucht werden kann. Man denke! Einer Person, die ihr Vermögen selbst verwaltet, wird ein vielleicht sehr erheblicher Theil desselben, nämlich eine ganze Erbschaft, unter den Händen weg verkauft, ohne daß Käufer und Verkäufer es der Mühe werth halten, sich um den Eigner zu kümmern, und was das Aergste ist, der Eigner wird durch diesen Handel obligirt. Diese Schwierigkeiten sind nicht vorhanden, wenn man sich den Eigner als verhindert denkt, und den Sklaven als freiwilligen

Verwalter seines Vermögens, der eben wegen der Verhinderung des Eigners zu der Verwaltung des ganzen Vermögens mit Einschluß der Erbschaft berechtigt und auf Grund dieser allgemeinen Verwaltung auch im Stande ist zu beurtheilen, ob der Verkauf der Erbschaft sich nach Lage der Verhältnisse als eine angemessene Verwaltungshandlung darstellt. Der von einigen Schriftstellern, z. B. von Windscheid, in Betreff der neg. gestio aufgestellte Grundsatz, nach welchem der dominus obligirt wird, wenn der Geschäftsführer eine Verpflichtung übernimmt, die der Geschäftsherr auch selbst übernommen haben würde, ist zur Erklärung der Stelle nicht ausreichend. Sollte sich auch feststellen lassen, daß der Gewalthaber die fragliche Erbschaft zu den vom Sclaven gestellten Bedingungen auch selbst verkauft haben würde, eine beim Leugnen des Gewalthabers fast unmögliche Aufgabe, so hätte der letztere doch wohl erwarten dürfen, bei einer so wichtigen oder doch zweifelhaften Sache, wie der Verkauf einer Erbschaft, um seinen Willen befragt und nicht bei Seite geschoben zu werden. Er könnte mit Recht einwenden: Ich schlage die unbeschränkte Ausübung meiner Verwaltungsrechte höher an, als den durch jenen Handel etwa erzielten Gewinn. Es wäre eine wunderliche Inconsequenz, wenn man nach den Gesetzen anzunehmen hätte: Der Geschäftsführer muß sich nach dem Willen des Geschäftsherrn richten, indem er nur thun darf, was dieser selbst thun würde, aber ob der Geschäftsherr den Willen hat, daß für ihn verwaltet wird, darum braucht er sich nicht zu bekümmern.

l. 3 §. 10 D. h. t. (Ulpianus):

Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit? Utrum creditor an venditor. Puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum, et si vestis perierit; si autem non fuit

pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis emeretur et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. An et venditor habeat, quia rei ejus pervenerunt in rem domini? Ratio hoc facit, ut teneatur; unde incipit dominus teneri ex una causa duobus. Proinde et si tam pecunia, quam vestis periit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.

l. 4 D. h. t. (Gajus):

Sed dicendum est, occupantis meliorem conditionem esse debere; num utrisque condemnari dominum de in rem verso, iniquum est.

Auch in diesen Stellen ist, nach meiner Ueberzeugung, von einem Sclaven die Rede, der die allgemeine Verwaltung der Angelegenheiten seines verhinderten Gewalthabers übernommen hat, denn es ist unglaublich, daß ein Gewalthaber, der seine Geschäfte selbst besorgen konnte und wollte, zur Entschädigung oder Liberation des Sclaven, beziehungsweise zur Entschädigung eines oder sogar zweier dritten Contrahenten obligirt wurde, wenn einer seiner Sclaven für seine Familie Kleider kaufte und die zur Bezahlung der Kleider nöthigen Gelder anlieh, die Gelder aber vor der Bezahlung, die Kleider vor der Verwendung zufällig untergingen. Die fraglichen Verwaltungshandlungen des Sclaven, welche jedenfalls ganz unnöthig waren, weil der selbstverwaltende dominus die Kleider selbst kaufen konnte, auch, wenn er nicht auf Credit kaufen oder den Preis aus disponiblen Mitteln bestreiten konnte, wenigstens ebensogut in der Lage war, die nöthigen Gelder beschaffen zu können als sein Sclave, können von den Römern nicht geeignet befunden sein, zur Begründung einer Verpflichtung des Gewalthabers. Nur wenn eine, durch die Verhinderung des Gewalthabers gerechtfertigte,

Verwaltung jene Verwaltungshandlungen mit sich brachte, begründeten sie, soweit sie den Umständen nach angemessen waren, die Pflicht des Gewalthabers den Darleiher und den Verkäufer, selbst im Fall eines casus, zu entschädigen. Man kann freilich einwenden, daß die Stellen von einer Verhinderung des Gewalthabers nicht ausdrücklich sprechen. Allein wenn ich den allgemeinen Wortlaut beschränke, so thun andere Ausleger dies nicht minder. Die Stellen sagen auch nicht, daß der Gewalthaber die Kleider zu der nämlichen Zeit auch selbst gekauft haben würde, daß derselbe die Anleihe auch selbst gemacht haben würde. Ebensowenig ist aus denselben zu entnehmen, daß der Ankauf der Kleider für die ganze Familie nothwendig war, und daß nothwendig Geld geliehen werden mußte. Vielleicht war die Familie genügend mit Kleidern versehen, vielleicht hatte, wenn auch nicht der Sclave, so doch der Gewalthaber, Geld genug in Händen. Zu bemerken ist noch, daß Gajus, welcher in l. 4 D. cit. den Grundsatz: melior est conditio occupantis zur Anwendung bringt, zur Begründung der obligatio neg. gestorum eines Geschäftsherrn durch bloße Contractschließungen, dessen Abwesenheit verlangt. Vergl. l. 2 D. de neg. gestis (3, 5). Ohne diesen Grundsatz hätte das Institut der negotiorum gestio in der That auch mehr zur Belästigung gereicht, als zur Beförderung des Nutzens. Wie hätte der römische Hausherr eine geordnete Verwaltung führen können, wenn jede, von einem seiner Sclaven oder Haussöhne zur Ausführung eines nothwendigen Geschäfts vorgenommene Contractschließung, ihn verpflichtet und mit der Gefahr des Zufalls belastet hätte!

In meiner Abhandlung über negotiorum gestio (Oldenburg 1858) §. 7 habe ich mich näher darüber ausgesprochen, wie der negotiorum gestor, dessen Eingreifen dem Interesse des Geschäftsherrn wegen der Verhinderung desselben entspricht, zu verwalten hat. Ich will hier nur kurz wiederholen, daß er

liegende Last auch wirklich abgenommen sein muß, folgt ferner, daß der Untergebene sich bei Ausführung des Geschäfts nicht auf das absolut Nothwendige zu beschränken, sondern im Sinn des Gewalthabers und seinen Verhältnissen entsprechend handeln muß. Wenn der Sclave animo negotia gerendi für den Haussohn des in guten Verhältnissen lebenden Gewalthabers nothwendige Kleidungsstücke kauft, die aber von viel geringerem Stoff sind, als der Gewalthaber ihn zu wählen pflegt, so kann dieser mit Recht einwenden, daß das Bedürfniß an Kleidern damit nicht erledigt sei. Der modus, welchen der Gewalthaber zu befolgen pflegte, giebt in diesen Verhältnissen in der Regel den Ausschlag.

L. 3 §. 3 D. h. t. Proinde et si servus pecuniam sumsit, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum modum quem dominus praestare consueverat, in rem domini vertisse, Labeo scribît.

Es kann aber auch sein, daß der Gewalthaber erheblich mehr prästirt hat, als seine Verhältnisse gestatten oder die Pflicht gegen seine Kinder mit sich bringt. In solchen Fällen würde der Gewalthaber durch genaue Einhaltung des modus nicht auf den vollen Betrag obligirt werden. Kommt es zwischen Vater und Sohn zur Alimentenklage, so wird der Richter, welcher hier ein sehr freies Ermessen hat[1]), berücksichtigen, wie der Sohn bisher gehalten ist, aber wenn der Vater über seine Verhältnisse hinausgegangen ist, so wird der Richter ihn nicht zwingen, dies auch ferner zu thun, da der Sohn kein Recht darauf hat, gerade so gehalten zu werden, wie er bisher gehalten ist. Es läßt sich aber nicht annehmen, daß der Untergebene, welcher als negotiorum gestor des seine Geschäfte selbst besorgenden

1) Savigny, System B. 2 S. 119.

Gewalthabers handelt, den letzteren durch Ausgaben verpflichten kann, die über seine gesetzliche Pflicht hinausgehen und nicht nothwendig sind. Die oben angeführte l. 3 §. 3 D. h. t. ist demnach in ihrem vollen Umfange nur da zutreffend, wo es sich um eine allgemeine neg. gestio für einen verhinderten Gewalthaber handelt. Der allgemeine Geschäftsführer kann und muß auch den einseitig erklärten und sogar den vermuthlichen Willen des Gewalthabers in Ausführung bringen. Er kann den Haussohn auf Reisen schicken, wenn der Vater gelegentlich erklärt hat, daß er dies thun werde. Aber wenn der Vater, welcher erklärt hat, daß er seinem Sohn ein gewisses Reisegeld geben werde, seine Geschäfte selbst besorgt, so kann der Sohn ihn nicht dadurch obligiren, daß er ohne den Vater zu fragen, den Betrag des Reisegeldes anleiht. Ist der Gewalthaber, welcher seine Geschäfte selbst besorgt, durch Verwendungen, die sein Untergebener animo negotia gerendi vorgenommen hat, wahrhaft reicher geworden (negotium utile), so ist, solange diese Bereicherung besteht, die obligatio neg. gestorum und daher auch die actio de in rem verso begründet. Der Anspruch des Untergebenen und des Dritten haben nur die Bereicherung zum Gegenstande. Es handelt sich hier also, wie Leist a. a. O. S. 52, 53 mit Recht bemerkt, eigentlich nur um ein ideelles jus tollendi, welches sich manchmal in das reelle jus tollendi umgestaltet [1]). Besteht die dem Gewalthaber zugeführte Bereicherung lediglich darin, daß er ein Rechtsmittel gegen eine dritte Person erlangt hat, so kann er sich von der actio de in rem verso durch Abtretung des Rechtsmittels befreien [2]). Wenn der Untergebene dem Gewalthaber einen entbehrlichen Sclaven oder ein Grundstück kauft, so wird der Ge-

1) Ueber das Nähere vergl. man Leis a. a. O. und Löwenfeld a. a. O. §. 8.

2) Vergl. l. 3 §. 5 D. h. t. und l. 3 §. 1 eod.

walthaber um den wahren Werth dieser in sein Vermögen übergehenden Sachen reicher, weshalb der Veräußerer den Betrag dieses Werths mit der actio de in rem verso in Anspruch nehmen kann, soweit die Bereicherung zur Zeit der Anstellung der actio de in rem verso noch besteht. Der Gewalthaber kann sich durch Abtretung der Sachen von der Klage befreien. Aus dem Umstande, daß die Klage des Verkäufers gegen den Gewalthaber keine andere ist, als die Klage aus dem Kaufcontract, welchen er mit dem Untergebenen geschlossen hat, folgt ohne weiteres, daß die actio de in rem verso nie auf einen höheren Betrag, als den des Kaufpreises gerichtet werden kann [1]). Anders stellen sich die Rechtsverhältnisse auch hier im Fall der allgemeinen negotiorum gestio für einen verhinderten Gewalthaber. Der Gewaltunterworfene, welcher als genereller Geschäftsführer des verhinderten Gewalthabers handelt, ist ohne Zweifel befugt, eingehende Gelder zum Ankauf von Grundstücken zu verwenden, wenn ihm dies nach sorgfältiger Prüfung der Verhältnisse angemessen erscheint. Die obligatio neg. gestorum, so wie die actio de in rem verso, geht hier auf den vollen Betrag des Kaufpreises. Das später etwa eintretende Fallen des Werths der gekauften Grundstücke ändert daran nichts. Selbst Ausgaben, die an sich betrachtet als überflüssig anzusehen sind, verpflichten den Gewalthaber zur vollen Entschädigung, wenn sie nur als angemessene Bestandtheile einer durch die Verhinderung des Gewalthabers gerechtfertigten allgemeinen Verwaltung erscheinen. Wenn sich z. B. während der Abwesenheit des Gewalthabers die Nothwendigkeit herausstellt, das Wohnhaus desselben neu aufzubauen, so kann der, als genereller Geschäftsführer eingetretene Haussohn, dasselbe dem herrschenden Geschmack entsprechend, und der Sitte anderer in gleichen Verhältnissen lebender Personen gemäß, mit Balkons,

1) Vergl. l. 5 pr. u. l. 12 D. h. t.

Veranden und anderen Dingen versehen: quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem, und den Gewalthaber durch Verträge verpflichten, die er zu dem Ende eingeht, während Verwendungen dieser Art da, wo sie nicht als angemessene Glieder einer gerechtfertigten Verwaltung aufgefaßt werden können, kein weiteres Recht gegen den Gewalthaber begründen, als das jus tollendi, soweit dasselbe ohne Benachtheiligung des Hauses ausgeübt werden kann. Es ist anzunehmen, daß der Gewalthaber bei dem Neubau seines Hauses ebenfalls dem modernen Geschmack entsprochen haben würde. Wo diese Annahme aus besonderen Gründen wegfällt, da sind auch der generelle Mandatar und Gestor nicht zu Verwendungen der gedachten Art befugt, und daß sie, abgesehen von dem Falle eines Neubaus, die Wohnung des Geschäftsherrn nicht ohne dessen Willen mit überflüssigen Dingen ausstatten dürfen, versteht sich von selbst und wird auch in l. 3 §. 4 D. h. t. ausdrücklich gesagt. Indeß darf aus den Worten dieser Stelle (nisi forte mandatum aut voluntatem habuerit) gewiß nicht gefolgert werden, daß der Haussohn oder Sclave, welcher weiß, daß der seine Geschäfte selbst besorgende Gewalthaber, gewisse überflüssige Verschönerungen an seinem Hause anbringen will, diese vornehmen und den Gewalthaber dadurch verpflichten kann. Die Befugniß des Gewalthabers, seinen Willen beliebig zu ändern, kann ihm auch hier nicht durch den Untergebenen entzogen werden, und wegen der Veränderlichkeit des einseitig erklärten Willens, läßt sich nicht behaupten, daß mit der Ausführung eines solchen Willens dem Gewalthaber eine Ausgabe erspart werde. Mir ist dies nicht zweifelhaft, obgleich bedeutende Schriftsteller, wie Leis und Windscheid, das Gegentheil annehmen.




Inhalt.




Druck von Ed. Frommann in Jena.

Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Ihering

Geh. Justizrath und Professor an der Universität in Göttingen

und **Dr. Joseph Unger.**

In Verbindung

mit

Otto Bähr,

Obertribunalsrath in Berlin

und

Agathon Wunderlich,

Mitglied des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

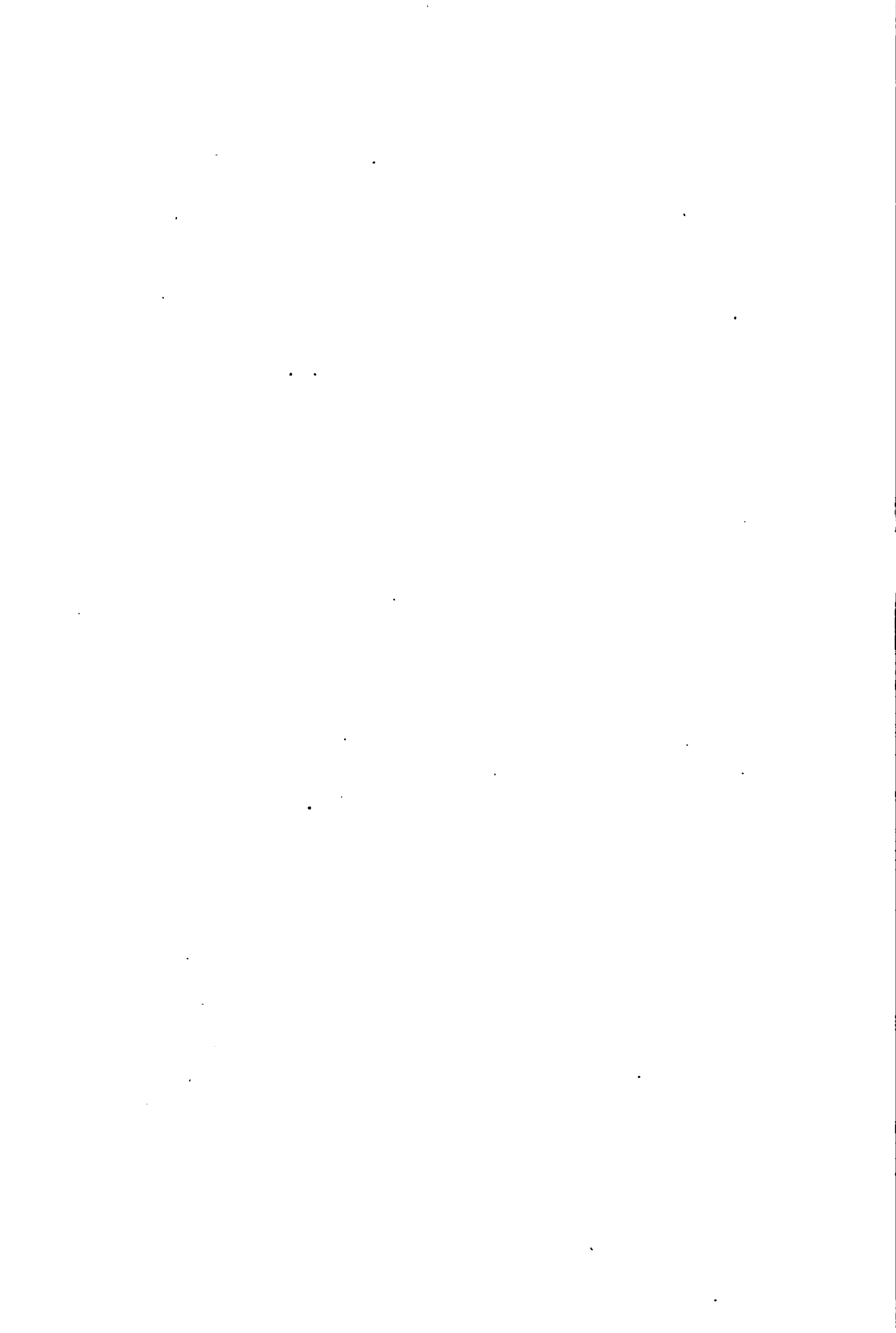
XV. Band. 3. Heft.

Neue Folge III. Band. 3. Heft.

Jena,

Verlag von Hermann Dufft.

1877.



VII.

Noch ein Wort zur Lehre vom Inselerwerb

vom

Obertribunals-Vice-Präsident Henrici in Berlin.

Die vierte Auflage des Pandekten-Lehrbuchs von Windscheid bringt eine Entgegnung auf meine Ausführung in dem 13. Bande dieser Jahrbücher, welche dieselbe so unrichtig wiedergiebt und die meines Erachtens überaus einfache, klar durchsichtige Lehre des Römischen Rechtes so verdunkelt, daß ich bei der Verbreitung, welche dieses Lehrbuch hat, mich aufgefordert sehe, nochmals auf diesen Gegenstand zurückzukommen.

Bevor ich jedoch auf eine nähere Beleuchtung jener Entgegnung eingehe, werde ich mir gestatten dürfen, an Folgendes zu erinnern.

Die Gesetzgebung kann sich durch Zweckmäßigkeitsgründe zu Vorschriften von willkürlichem positiven Charakter bestimmen lassen. Die Wissenschaft aber ist bei der Rechtsbildung auf innere Begründung angewiesen. Die Römischen Juristen haben sich daher bei der Entwicklung der Lehre vom verlassenen Flußbette und vom Inselerwerbe an die Natur der Verhältnisse halten müssen. Diese ist heute noch dieselbe wie damals. Wir können sie also befragen, was sie ihnen gelehrt hat.

Wo ein öffentlicher Fluß für Ländereien als Grenze dient, haben diese keine fest abgeschlossene Grenze. Denn eine solche

Begrenzung unterliegt ja allen Veränderungen, denen das Flußufer ausgesetzt ist durch An- oder Abspülung, durch Anwachs oder Abreißen von Landstücken, wie überhaupt durch alle mit dem Flußbett vor sich gehenden Wandelungen. Die weitgreifendste Aenderung tritt offenbar mit dem Verlassen des Flußbettes ein. Alle Ufer werden nicht nur vorgeschoben, sondern vereinigen sich auch so miteinander, daß nur noch die bisherige Begrenzung sichtbar bleibt und zum Wiederauffinden der neuen Grenzen verhelfen kann. Wenn wir nun nicht außer Berücksichtigung lassen wollen, daß alle Ufer gleichmäßig die Eigenschaft des Vorrücken-Könnens besitzen, so kann es doch in der That nicht zweifelhaft erscheinen, wo wir im verlassenen Flußbett die verwischten Grenzen wieder aufzufinden haben. Denn wo anders könnten und dürften wir sie wohl suchen, als in den Punkten, wo die Ufer bei gleichmäßigem Vorrücken sich gegenseitig im weiteren Vorrücken hätten begrenzen müssen, oder mit anderen Worten, wo sie von den Endpunkten her aus gleicher Entfernung kommend mit einander müßten zusammengestoßen sein.

So lange wir uns also einfach an die Natur der Verhältnisse halten, ist wenigstens für das verlassene Flußbett die größere Nähe das mit innerer Nothwendigkeit gegebene Prinzip und kann auch namentlich nicht daran gedacht werden, daß irgend ein Ufer, möge es dem Festlande oder einer Insel angehören und möge es belegen sein, wie es wolle, von dem Anwachse ausgeschlossen werden könnte. Denn jedes Ufer ist, als solches, gleich befähigt für den Anwachs, und eben weil wir es anerkennen müssen, daß beim Verlassen des Flußbettes ohne Unterschied alle Ufer die Fähigkeit zum Vorrücken gleichmäßig besitzen, sind wir darauf angewiesen, die Grenzen in den Punkten zu suchen, wo sich bei gleichmäßigem Vorrücken die Ufer in gleicher Nähe begegnen. Damit aber sind wir auch für die nach

denselben Grundsätzen zu beurtheilende neu entstandene Insel bei dem Satze angelangt: die Grenzen bilden sich aus den Punkten, wo sich gleiche Nähe begegnet und jeder Punkt der Insel wächst also dem Uferpunkte an, welcher demselben näher ist als ein anderer Uferpunkt.

Die Römische Jurisprudenz mag anfangs geschwankt haben, ob nicht auf die im öffentlichen Fluß entstandene Insel der für die Meeresinsel geltende Grundsatz zur Anwendung zu bringen sei cfr. l. 65 §. 4 D. de acqu. rer. dom. (41, 1). Das natürlichere und den Verhältnissen mehr angemessene war es aber offenbar, die Flußinsel als ein theilweise verlassenes Flußbett zu behandeln; und daß dieser Weg auch wirklich eingeschlagen worden, stellen die Quellen außer Zweifel (cf. l. 30 §. 2 eod.), die ja insbesondere uns auch darüber belehren, daß bei der neu entstandenen Insel der Anwachs an diejenigen Uferländereien, denen sie nach deren Belegenheit zufällt, sich unmittelbar mit der Entstehung der Insel vollzieht. Cf. l. 29 u. 30 pr. eod.

Wenn nun in einer Reihe von Gesetzesstellen die größere Nähe als das für den Erwerb entscheidende Moment bezeichnet wird, sowohl in Beziehung auf das verlassene Flußbett (vgl. l. 30 eod.: et ideo cum exsiccatus est alveus, p r o x i m o r u m fit; und l. 56 §. 1 eod.: sed alveus, qui fuit inter eam insulam et fundum vicini medius dividi debet, ita ut p a r s p r o p i o r i n s u l a e t u a e t u a, p a r s a u t e m p r o p i o r a g r o v i c i n i, ejus esse intelligatur), als auch für die neu entstandene Insel (vgl. l. 30 §. 2 eod.: Duobus posterioribus modis privata insula fit ejus, cujus ager p r o p i o r f u e r a t, q u u m p r i m u m e x s t i t i t; l. 56 pr. eod.: insula initio p r o p i o r f u n d o t u o fuit; l. 65 §. 2: si qua insula in flumine publico p r o x i m a t u o f u n d o nata est, ea tua est; und eod. §. 3: nam quid interest, qualis ager sit

propter cujus propinquitatem posterior insula cujus sit quaeratur?), so bleibt doch in der That kein Raum für den Zweifel, ob das sich aus der Natur der Verhältnisse ergebende Prinzip auch wirklich das allein maßgebende des Römischen Rechtes ist, zumal, wenn man daneben noch berücksichtigt, daß die Quellen keine dasselbe in seiner Anwendbarkeit beschränkende Bestimmung enthalten, daß aber andererseits nur durch dasselbe für alle Fälle eine feste Grundlage gewonnen wird.

Ich habe mich indessen in meinem ersten Aufsatze auf diese Ausführung nicht beschränkt, sondern mich auch mit einer eingehenden Widerlegung der Gründe beschäftigt, auf welche Preußer im Seuffert'schen Archiv Bd. 26 S. 332 die Ansicht stützt, daß die größere Nähe nur für die Feststellung, ob und welcher Theil der Insel der einen oder der anderen Flußseite zufalle, für die Frage dagegen, welchen der Adjacenten desselben Ufers die Insel ganz oder theilweise erworben werde, ohne Rücksicht auf größere oder geringere Nähe nur die Breite der Uferländereien maßgebend sei.

Nach Windscheid soll ich nun nachzuweisen versucht haben, daß nicht die größere Nähe der Flußseite, sondern die größere Nähe der einzelnen Grundstücke entscheidend sei; und was hiermit hat gesagt sein sollen, wird durch die daran geknüpfte Betrachtung nur noch unklarer. Windscheid fährt nämlich so fort: „Hiernach würde, wenn etwa ein einzelnes Grundstück mit einer scharf vorspringenden Spitze der Insel so nahe käme, daß die Entfernung von irgend einem Punkte der Insel bis zu dieser Spitze geringer wäre, als bis zu irgend einem anderen Uferpunkt, der Eigenthümer des gedachten Grundstückes die ganze Insel für sich hinwegnehmen. Ich halte diese Entscheidung für unquellenmäßig."

So Windscheid! Ich kann darauf nur erwidern: auch ich würde eine solche Entscheidung für unquellenmäßig erklären

müssen; mir ist es aber völlig räthselhaft, wodurch das Mißverständniß veranlaßt sein kann, welches mich zum Vertreter eines Grundsatzes macht, der zu einer solchen Entscheidung führen müßte? Ich habe doch in der That dem von mir vertretenen Prinzip eine concise Fassung gegeben, indem ich es (S. 61) dahin präcisirte:

„Jeder Theil, oder mathematisch genau ausgedrückt, jeder Punkt der Insel wächst demjenigen Ufergrundstück zu, welches demselben näher belegen ist, als ein anderes Ufergrundstück, und die Grenzlinien auf der Insel bilden sich also aus den Punkten, in denen gleiche Nähe zusammentrifft."

Hiernach würde also in dem Fall, wo ein Ufergrundstück eine weit vorspringende Spitze hat, die in deren Nähe entstehende Insel der Uferspitze ganz zuwachsen, nicht, wenn irgend ein Punkt, sondern nur, wenn jeder Punkt der Insel dieser Spitze näher wäre, als irgend einem anderen Punkte des Ufers. Unter dieser Voraussetzung aber wird doch wohl Windscheid kein Bedenken daraus entnehmen wollen, daß unter Umständen eine Insel ganz dem Eigenthümer eines vielleicht sehr kleinen Ufergrundstückes zufallen könnte. Oder doch? Nun dann möchte ich daran erinnern, daß die Elbe breit genug ist, um es möglich zu machen, daß an der holsteinischen Seite vor einem verhältnißmäßig kleinen Grundstücke (contra frontem) eine Insel entsteht, die nach der gegenüber liegenden Flußseite zu eine Viertelmeile weit in die Elbe hineinreicht ohne die Mitte des Flusses zu berühren, und also auch nach der Ansicht von Windscheid ganz dem kleinen am Ufer belegenen Grundstück zuwächst, dessen Seiten-Grenzen nach beiden Seiten hin noch über die schmale Insel hinwegragen. Aber wie kann denn überhaupt ein Bedenken daraus entnommen werden, daß unter Umständen ein kleines Ufergebiet einen großen Zuwachs gewinnt? Handelt es sich doch nicht um eine nach Bil-

ligkeitsrücksichten vorzunehmende Vertheilung, sondern um einen durch ein Naturereigniß sich unmittelbar vollziehenden Zuwachs.

Windscheid bemerkt dann weiter:

„Die Quellen wissen nichts von einer größeren Grundstücksnähe (l. 30 §. 1 D. d. A. R. D.: „cujus ager proprior fuerit“, vgl. l. 56 pr. eod.: „si proprior fundo tuo fuit quam ejus qui trans flumen habebat“, und dann wieder §. 1 eod.: „si proprior fundo tuo initio fuisset insula“), sondern nur von einer größeren Ufernähe.“

Aber auch hierauf kann ich wieder nur entgegnen: auch ich kenne nur eine den Anwachs vermittelnde Ufernähe, keine davon verschiedene Grundstücksnähe, und begreife nur nicht, wie es möglich gewesen, etwas Anderes aus meinem Aufsatz herauszulesen[1].

1) Das Ufer gehört nur seinem Gebrauche nach dem Oeffentlichen an, steht aber als Theil des Grundstückes, mit dem es zusammenhängt, in Privateigenthum, und nur deshalb, weil das Grundstück bis an den Fluß heranreicht, ist es zum Anwachse befähigt, möge dieser durch Alluvion, Verlassen des Flußbettes oder durch eine neue Insel entstehen. Der Römische ager limitatus, dem eine feste Grenze gegeben war, konnte daher keinen Anwachs erfahren.

Darauf habe ich schon in meinem Aufsatz S. 65 hingewiesen. Und was denkt sich denn nun Windscheid bei dem Gegensatze zwischen Grundstücks- und Ufernähe? Man könnte vermuthen, er habe nur in den Ausdrücken fehlgegriffen und etwas ganz Anderes sagen wollen, als die gebrauchten Worte aussprechen. Aber was dann? Die Konsequenz, welche, wie wir gesehen haben, aus dem mir zugeschriebenen Grundsatz gezogen wird, giebt ja Zeugniß dafür, wie tief einschneidend das Mißverständniß ist.

Anfangs habe ich geglaubt, daß Windscheid, gleich wie Preußer, die größere Ufernähe nur im Verhältniß von einander gegenüber liegenden Ufern wolle gelten lassen und daß er sich gedacht, dies mit dem Gegensatz zwischen größerer Nähe der Flußseiten und größerer Nähe der einzelnen Grundstücke genügend zum Ausdruck bringen zu können. Allein später spricht er immer von Ufernähe im Gegensatze zur Grundstücksnähe, und nachdem ich durch die für einzelne Fälle gegebenen Specialregeln erfahren, daß Windscheid auch mit Preußer keineswegs übereinstimmt, ist mir jede Spur verloren gegangen, um ausfindig machen zu können, was ich unter dem Grundsatze zu verstehen habe, der nach Windscheid von mir aufgestellt sein soll.

Erst in der weiteren Fortsetzung des Satzes, welche so lautet: „und die Vertheilung zwischen den verschiedenen Eigenthümern desselben Ufers soll nach ihrem (der Quellen) Ausspruch so gemacht werden, daß jeder erhalte, was vor seinem Grundstück („ante“ „contra frontem“) liegt“, tritt der Gegensatz der Meinungen hervor, wenn auch immer noch in abgeschwächter unklarer Gestalt. Ich sage, in abgeschwächter unklarer Gestalt. Denn während die von Preußer aufgestellten Sätze (welche, wie später entschiedener hervortreten wird, sich Windscheid nicht hat aneignen wollen) mit der Ansicht, welche das Prinzip der größeren Nähe als allein maßgebend ansieht, scharf und bestimmt sich in Widerspruch setzen, hat jener Satz offenbar eine völlig ungewisse Tragweite, und nur aus dem Zusammenhange läßt sich entnehmen, daß Windscheid damit einen Grundsatz hat hinstellen wollen, welcher das Prinzip der größeren Nähe für die an derselben Flußseite liegenden Ufer wenigstens regelmäßig ausschließen soll. Aber bringt denn der Satz, den Windscheid als Quellenausspruch bezeichnet, einen solchen Grundsatz wirklich zum Ausdruck?

In allen Fällen, wo die Frage nach der größeren Nähe nur im Verhältniß von einander gegenüber liegenden Grundstücken aufgeworfen werden kann, da wird man allerdings von den Eigenthümern der Uferländereien, die vermöge ihrer größeren Nähe einen Anwachs erfahren, sagen können: Jeder erhalte, was vor seinem Grundstücke liege, oder, wenn man eine präcisere mehr quellenmäßige Ausdrucksweise vorzieht: für den Umfang des Anwachses sei die Breite maßgebend, welche die einzelnen Grundstücke am Ufer einnehmen (vgl. l. 7 §. 3 „pro modo latitudinis cujusque praedii“). In der That würde es jedoch ein auffallender (mathematischer) Irrthum sein, wollte man annehmen, solche Aussprüche setzten sich mit dem Prinzip der größeren Nähe in Widerspruch. Wo aber für

ligkeitsrücksichten vorzunehmende Vertheilung, sondern um einen durch ein Naturereigniß sich unmittelbar vollziehenden Zuwachs.

Windscheid bemerkt dann weiter:

„Die Quellen wissen nichts von einer größeren Grundstücksnähe (l. 30 §. 1 D. d. A. R. D.: „cujus ager proprior fuerit“, vgl. l. 56 pr. eod.: „si proprior fundo tuo fuit quam ejus qui trans flumen habebat“, und dann wieder §. 1 eod.: „si proprior fundo tuo initio fuisset insula“), sondern nur von einer größeren Ufernähe.“

Aber auch hierauf kann ich wieder nur entgegnen: auch ich kenne nur eine den Anwachs vermittelnde Ufernähe, keine davon verschiedene Grundstücksnähe, und begreife nur nicht, wie es möglich gewesen, etwas Anderes aus meinem Aufsatz herauszulesen[1].

1) Das Ufer gehört nur seinem Gebrauche nach dem Oeffentlichen an, steht aber als Theil des Grundstückes, mit dem es zusammenhängt, in Privateigenthum, und nur deshalb, weil das Grundstück bis an den Fluß heranreicht, ist es zum Anwachse befähigt, möge dieser durch Alluvion, Verlassen des Flußbettes oder durch eine neue Insel entstehen. Der Römische ager limitatus, dem eine feste Grenze gegeben war, konnte daher keinen Anwachs erfahren.

Darauf habe ich schon in meinem Aufsatz S. 65 hingewiesen. Und was denkt sich denn nun Windscheid bei dem Gegensatze zwischen Grundstücks- und Ufernähe? Man könnte vermuthen, er habe nur in den Ausdrücken fehlgegriffen und etwas ganz Anderes sagen wollen, als die gebrauchten Worte aussprechen. Aber was dann? Die Konsequenz, welche, wie wir gesehen haben, aus dem mir zugeschriebenen Grundsatz gezogen wird, giebt ja Zeugniß dafür, wie tief einschneidend das Mißverständniß ist.

Anfangs habe ich geglaubt, daß Windscheid, gleich wie Preußer, die größere Ufernähe nur im Verhältniß von einander gegenüber liegenden Ufern wolle gelten lassen und daß er sich gedacht, dies mit dem Gegensatz zwischen größerer Nähe der Flußseiten und größerer Nähe der einzelnen Grundstücke genügend zum Ausdruck bringen zu können. Allein später spricht er immer von Ufernähe im Gegensatze zur Grundstücksnähe, und nachdem ich durch die für einzelne Fälle gegebenen Specialregeln erfahren, daß Windscheid auch mit Preußer keineswegs übereinstimmt, ist mir jede Spur verloren gegangen, um ausfindig machen zu können, was ich unter dem Grundsatze zu verstehen habe, der nach Windscheid von mir aufgestellt sein soll.

Erst in der weiteren Fortsetzung des Satzes, welche so lautet: „und die Vertheilung zwischen den verschiedenen Eigenthümern desselben Ufers soll nach ihrem (der Quellen) Ausspruch so gemacht werden, daß jeder erhalte, was vor seinem Grundstück („ante“ „contra frontem“) liegt“, tritt der Gegensatz der Meinungen hervor, wenn auch immer noch in abgeschwächter unklarer Gestalt. Ich sage, in abgeschwächter unklarer Gestalt. Denn während die von Preußer aufgestellten Sätze (welche, wie später entschiedener hervortreten wird, sich Windscheid nicht hat aneignen wollen) mit der Ansicht, welche das Prinzip der größeren Nähe als allein maßgebend ansieht, scharf und bestimmt sich in Widerspruch setzen, hat jener Satz offenbar eine völlig ungewisse Tragweite, und nur aus dem Zusammenhange läßt sich entnehmen, daß Windscheid damit einen Grundsatz hat hinstellen wollen, welcher das Prinzip der größeren Nähe für die an derselben Flußseite liegenden Ufer wenigstens regelmäßig ausschließen soll. Aber bringt denn der Satz, den Windscheid als Quellenausspruch bezeichnet, einen solchen Grundsatz wirklich zum Ausdruck?

In allen Fällen, wo die Frage nach der größeren Nähe nur im Verhältniß von einander gegenüber liegenden Grundstücken aufgeworfen werden kann, da wird man allerdings von den Eigenthümern der Uferländereien, die vermöge ihrer größeren Nähe einen Anwachs erfahren, sagen können: Jeder erhalte, was vor seinem Grundstücke liege, oder, wenn man eine präcisere mehr quellenmäßige Ausdrucksweise vorzieht: für den Umfang des Anwachses sei die Breite maßgebend, welche die einzelnen Grundstücke am Ufer einnehmen (vgl. l. 7 §. 3 „pro modo latitudinis cujusque praedii“). In der That würde es jedoch ein auffallender (mathematischer) Irrthum sein, wollte man annehmen, solche Aussprüche setzten sich mit dem Prinzip der größeren Nähe in Widerspruch. Wo aber für

Ich will auf das, was ich dort im Einzelnen ausgeführt, nicht wieder zurückkommen. Nur daran möchte ich erinnern, daß die Worte „pro modo latitudinis cujusque praedii" lediglich von den Uferländereien, welche durch ihre größere Nähe die Insel ganz oder theilweise nach der einen Flußseite herüberziehen, besagen, daß diese einen Anwachs erfahren nach Maßgabe der Ausdehnung, welche sie am Ufer haben und also nur zum Ausdruck bringen, daß für sie ihre Breite maßgebend sei für den Umfang des Anwachses. Was mit den angeführten Worten in der l. 7 §. 3 ausgesprochen wird, ist also eine einfache Wahrheit, die Niemand wird verleugnen können. Denn es steht ja nicht nur fest, daß die perpendicular fallende Linie immer die kürzere ist, sondern eben deshalb ferner auch, daß je größer die Ausdehnung eines Grundstückes am Ufer ist, um so größer auch die Zahl der Punkte ist, welche für Punkte der Insel die nächsten sind [1]).

Ich habe ferner an verschiedenen Beispielen die Unentbehrlichkeit des Prinzipes der größeren Nähe auch für Grundstücke derselben Uferseite nachgewiesen [2]). Hierauf antwortet Windscheid mit Spezialanweisungen für die einzelnen Fälle.

Am eingehendsten beschäftigt er sich mit dem Fall, wo die neu entstandene Insel an der einen Flußseite vor einer Bucht oder vor der Ausmündung eines Nebenflusses belegen ist. In diesem Fall, sagt er, muß die Insel zuerst durch eine durch die Mitte des vorliegenden Flusses oder der vorliegenden Bucht gezogene Linie getheilt werden, und jedes dadurch sich ergebende Stück, welches kein direktes Gegenüber hat, an das schräge

1) Der Irrthum, welcher dies verkennend in der maßgebenden Breite einen das Prinzip der größeren Nähe ausschließenden Grundsatz erblicken oder den Satz: Jeder erhält was vor seinem Lande liegt, in ähnlicher Weise verwenden möchte, liegt wohl mehr auf mathematischem als auf juristischem Gebiete.

2) Vgl. S. 76 u. fg. u. S. 83 u. fg.

Gegenüber vergeben, und dabei darauf gesehen werden, ob und für welche Theile dieses Stückes mehr die Seite diesseits der Beugung, oder mehr die Seite jenseits der Beugung als Gegenüber erscheint."

Die Flußmittellinie, obwohl selbst den Quellen unbekannt, verhilft also hier zu einer neuen Erfindung. Wir werden jetzt bereichert durch eine Bucht- oder Nebenflußmittellinie, die herbeigerufen wird, um eine im Hauptflusse liegende Insel zu theilen. Aber damit haben wir noch kein Land, vor dem die Insel liegt. Und doch soll die Vertheilungsregel, daß Jeder erhält was vor seinem Lande liegt, auch für diesen Fall verwendbar bleiben. Also schaffen wir uns zum Ersatz ein schräges Gegenüber. Nun aber werden die Schwierigkeiten erst recht groß. Die aus dem Nebenfluß oder der Bucht herbeigezogene Mittellinie kann doch immerhin die Insel nur in zwei Stücke zerlegen, und wie finden wir dann für die weitere Theilung die Grenzen, da ja von dem schrägen Gegenüber aus nicht mit perpendicular fallenden Linien operirt werden kann? und wie weit erstrecken sich an den Ufern die s. g. schrägen Gegenüber, welche an der Theilung partizipiren sollen? Dies Räthsel läßt Windscheid ungelöst, und der Richter, welcher im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der Auctorität den Versuch machen möchte, den Landmesser dahin zu instruiren: daß, nachdem die Insel durch die erwähnte Mittellinie getheilt worden, jedes dadurch sich ergebende Stück, welches kein directes Gegenüber habe, an das schräge Gegenüber vergeben und dabei darauf gesehen werden müsse, ob und für welche Theile dieses Stückes mehr die Seite diesseits der Beugung oder mehr die Seite jenseits der Beugung als Gegenüber erscheine, würde unzweifelhaft bald erfahren, daß die Mathematik eine exakte Wissenschaft ist, die mit unklaren Sätzen nicht operiren kann. Ihm würde also doch wohl nur übrig bleiben, dem Landmesser zu gestatten, für

diesen Fall ausnahmsweise von dem für die Grenzbestellung unentbehrlichen Prinzip der größeren Nähe Gebrauch zu machen. Es würde dann nur zu beklagen sein, daß die ganz unmotivirt aus der Bucht oder dem Nebenflusse herausgefallene Mittellinie die Insel in zwei Theile zerlegt habe [1]).

Ein weiterer Fall, bei dem die Unentbehrlichkeit des Prinzipes der größeren Nähe klar hervortritt, ist der, wenn in einer kreisförmigen Bucht eine Insel entsteht [2]). Nach Windscheid's Meinung muß im Sinne der Quellen auf die größere Nähe der Ufer im Ganzen, ohne Rücksicht auf das Vorspringen oder Zurückweichen der einzelnen Theile derselben im Besonderen, gesehen werden. Aber mit dieser neuen Schöpfung einer größeren Nähe im Ganzen im Gegensatz zur größeren Nähe im Besonderen werden wir doch einfach nur vor einem neuen Räthsel hingestellt. Sollen nach der größeren Nähe sich die Grenzen bestimmen, so muß es auch feste Endpunkte geben, von denen aus sich die größere Nähe bemessen läßt. Windscheid aber beseitigt die durch die Natur geschaffenen Endpunkte, ohne uns darüber zu belehren, wo und wie wir dann neue Endpunkte finden sollen.

Hätte er einfach erklärt, in diesem Fall könne man das Prinzip der größeren Nähe nicht wohl entbehren, man brauche es aber damit nicht so genau zu nehmen, daß jeder Vorsprung, jedes Zurückweichen mit in Berücksichtigung gezogen werden

1) Es würde irrig sein, wollte man voraussetzen, ein Fall, wie ich ihn beispielsweise aufgestellt, würde nicht leicht vorkommen. Mir ist eine so belegene Elbinsel bekannt, welche freilich noch in der Bildung begriffen, aber auf der man schon vor Jahren zuweilen zur Ebbezeit trockenen und festen Fußes herumgehen konnte, und es ist ja auch sehr erklärlich, daß an der Flußseite, nach der sich fortwährend die Anschwemmung herüberzieht, sich in Folge der Strömung aus dem Nebenfluß leicht gerade unweit von der Ausmündung eine Insel im Hauptstrome heranbildet.

2) Vgl. m. Auff. l. c. S. 76.

müsse, so würde man nur fragen dürfen, woher er die Berechtigung entnehme zu einem solchen eben so willkürlichen als unnöthigen Zusatz. Nun aber, wo die gegebene Anweisung jenes Prinzip ersetzen soll, da fragen wir doch wohl mit Recht, wie kann uns zugemuthet werden, die feste Grundlage, welche uns die Quellen geben, indem sie wiederholt auf die größere Nähe als das entscheidende Moment verweisen, aufgeben zu sollen, wenn man uns dafür nichts zu bieten hat, als die Anweisung, daß auf die größere Nähe der Ufer im Ganzen, ohne Rücksicht auf das Vorspringen oder Zurückweichen der einzelnen Theile im Besonderen gesehen werden soll [1]).

„Schräge Gegenüber" und „größere Nähe im Ganzen" im Gegensatz zur größeren Nähe „im Besonderen" sind nun einmal zu widerspruchsvolle Größen, um mit ihnen operiren zu können. Solche dunkle Nebelgestalten sind, wie ich glauben möchte, nirgends verwendbar, jedenfalls aber nicht auf einem Gebiete, wo man mit der Mathematik in Berührung kommt, welche bekanntlich jeden unklaren Gedanken unbarmherzig zurückweist [2]).

1) Wie Windscheid von der gegebenen Anweisung hat behaupten können, daß sie dem Sinne der Quellen entspreche, ist mir räthselhaft. Denn ich glaube in der That nicht, daß in den Quellen ein Anhalt zu finden ist für die Annahme, daß die Römische Jurisprudenz einen verschiedenen Maßstab habe angelegt wissen wollen bei der Grenzbestellung für einander gegenüber liegende Ufer und für Ufer derselben Flußseite; für erstere einen genauen, für letztere einen ungenauen und unsicheren.

2) Früher hat man sich nur darüber zu beklagen gehabt, daß die Jurisprudenz sich in die Mathematik verirrt und anstatt einfach das Rechtsprinzip festzustellen, und es dem Landmesser zu überlassen, darnach die Grenzen zu ermitteln, sich selbst mit der Frage befaßt habe, wie wohl nach den Regeln der Mathematik verfahren werden könne. Jetzt aber haben wir Klage zu führen über die Jurisprudenz, daß sie willkürliche Rechtsregeln aufstellt, ohne die Mathematik nach der Ausführbarkeit zu befragen und ohne zu bedenken, daß Regeln, welche aus mathematischen Gründen nicht geeignet sind der Grenzfeststellung zur Grundlage zu dienen, keinen Werth haben können.

Windscheid kommt endlich auch auf den von Preußer im Seuffert'schen Archiv l. c. mitgetheilten Rechtsfall, der die Kontroverse hervorgerufen hat. Es handelte sich da um eine Elbinsel, welche neben einer älteren Insel, in nächster Nähe derselben, entstanden war. Sie lag nicht zwischen dieser und einer der beiden Flußuferseiten, sondern unterhalb der Mutterinsel. Die Regierung war Eigenthümerin der letzteren, hatte sich in Besitz der neuen Insel gesetzt und wurde nun auf Herausgabe derselben von dem Eigenthümer des an der holsteinischen Flußuferseite belegenen Uferlandes belangt, indem dieser davon ausging, daß bei der beschriebenen Belegenheit der neuen Insel die größere Nähe der älteren Insel nicht entscheidend sein könne. Windscheid behauptet nun, daß ich nach dem Prinzip der Grundstücksnähe die Eigenthümer der Flußseite ausschlösse, und daß so entschieden worden sei in dem im Seuffert'schen Archiv mitgetheilten Urtheil des vorm. Oberappellationsgerichtes in Berlin. Er fährt dann so fort: „Nach meiner Meinung wäre diese Entscheidung nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß mehr die alte Insel, als die Flußseiten, für die neu entstandene Insel als Gegenüber erschiene."

Der genannte Gerichtshof spricht nun allerdings in seinen Entscheidungsgründen von größerer Grundstücksnähe, aber doch unverkennbar nur in demselben Sinne, in dem dies auch die dort angezogenen Gesetzesstellen thun, und ist so auch von Preußer verstanden worden, der es nur tadelt, daß die größere Nähe als das schlechthin entscheidende Prinzip angesehen worden. Was Preußer will, ist klar. Nach ihm entscheidet die größere Nähe nur, ob und mit welchem Theile eine neue Insel der einen oder anderen Flußseite zufällt, und für Adjacenten derselben Flußseite ist lediglich die Breite ihrer Grundstücke maßgebend. Eine so wie angegeben belegene Insel kann also, nach Preußer, nie der Mutterinsel anwach-

sen, sie gehört vielmehr dem vielleicht eine Viertelmeile entfernten Festlandsufer an, wenn dieses der Insel näher ist, als das gegenüber liegende Ufer [1]). Daß Windscheid dies nicht will, ist von ihm klargestellt, aber im Uebrigen bleibt es ganz unklar, was damit hat gesagt sein sollen, wenn nach seiner Meinung jene Entscheidung nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt wäre, daß mehr die alte Insel, als die Flußseiten für die neu entstandene Insel als Gegenüber erscheine. Denn in der That ist es doch wohl schwerlich zu enträthseln, was er als das Kriterium angesehen wissen will, um darnach zu bestimmen, welches Ufer mehr als ein anderes das Gegenüber bilde. Sollen wir uns dabei an die größere oder geringere Breite halten, welche die Insel an der Seite hat, mit der sie der älteren Insel, oder an der, mit welcher sie dem Festlande zugekehrt ist, so daß sie, wenn sie an der der Mutterinsel zugewandten Seite etwa einen Zoll schmäler wäre, an die vielleicht eine Viertelmeile entfernte Flußseite auszuliefern sei? Oder will Windscheid etwa die Entfernung in Berücksichtigung gezogen wissen? Nun bei einer Entfernung von einer Viertelmeile wird allerdings nicht leicht Jemand die Insel eine vor diesem Festlande belegene nennen. Man wird dann nur von der vor der Mutterinsel liegenden neuen Insel sprechen. Aber wo hört denn die Entfernung auf so groß zu sein, daß man für die ältere Insel nicht ein Mehr im Gegenüber geltend machen kann? Vielleicht will indessen Windscheid auch darauf Gewicht gelegt wissen, ob die neue Insel eine mehr grade oder schiefe

1) Preußer hatte sich mit diesem Rechtsfall schon vor der Bearbeitung desselben für das Seuff. Arch. beschäftigt, aber in einseitiger Richtung, welche ihm keine Veranlassung gegeben diese Frage zum Gegenstande eingehenden Quellenstudiums zu machen. Es war in den Parteiverhandlungen eine ganz andere dem particularen Rechte angehörige Frage in den Vordergrund getreten, welche auch noch in letzter Instanz eine große Meinungsverschiedenheit hervorrief.

Lage zu dem einen oder dem anderen Ufer hat. Und endlich ist es ja auch nicht ausgeschlossen, daß nach dem Totaleindruck bestimmt werden solle, welches Ufer mehr als das andere als Gegenüber erscheine.

In der That kommt aber doch wohl das Recht mit solchen Sätzen schließlich ganz ins Bodenlose.

Ueberraschend ist daneben auch die hier sehr bestimmt hervortretende Meinungsverschiedenheit zwischen Windscheid und Preußer. Denn Windscheid hat ja mit keiner Silbe zu erkennen gegeben, daß er auch mit Preußer nicht einverstanden sei, noch weniger klärt er uns über den Grund der Meinungsverschiedenheit auf, ja schließlich verweist er sogar auf Preußer mit den Worten: „Gegen Heineccius (soll heißen Henrici)[1]) überhaupt s. Preußer in der Anm. zu der genannten Stelle von Seuff. Arch.[2])." Und doch ist die bestehende Meinungsverschiedenheit recht groß. Denn unverkennbar will Windscheid in den beiden von Preußer aufgestellten Sätzen die Ausschlag gebenden Worte „nur" und „lediglich" gestrichen wissen, wodurch diesen Sätzen ihre Verwendbarkeit für die von Preußer vertretene Ansicht entzogen wird.

Hätte ich nun nach der neuesten Ausgabe des Lehrbuches von Windscheid zu bemessen, was durch meinen Aufsatz erzielt worden, so müßte ich bekennen, daß unsere Lehre keinen Schritt vorwärts, sondern einen mächtigen Schritt nach rückwärts gemacht habe.

---

1) Die Namensverwechslung hat mir begreiflich nur angenehm sein können, da ich es ihr verdanke, nicht in dem vielgelesenen Lehrbuch als der Verfasser eines Aufsatzes genannt zu werden, in welchem nach der dortigen Darstellung eine Ansicht vertreten worden, die meines Erachtens mit der Abfertigung „unquellenmäßig" zu glimpflich beurtheilt wird.

2) Meine Ausführung existirte noch nicht, als Preußer diese Anm. schrieb, und sie wird von den dort entwickelten Gründen nicht getroffen.

Im §. 185 hieß es freilich früher, gleich wie jetzt: „die in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel fällt in das Eigenthum der anschießenden Grundeigenthümer; die Grenze ihrer Berechtigung bildet eine durch die Mitte des Flusses gezogene Linie."

Aber früher konnte man, und, ich möchte glauben, mußte man das Wort „anschießenden" als gleichbedeutend mit nächstbelegenen auffassen, und da ließ sich die zwar unquellenmäßige aber recht unschuldig dastehende Mittellinie mit hinnehmen.

Jetzt erfahren wir aber aus der Anmerkung, daß wir das Wort anschießend nicht in diesem Sinne verstehen dürfen, und daß zwar die größere Nähe im Verhältniß der beiden Flußseiten zu einander entscheidend sei, nicht aber für die concurrirenden Uferländereien derselben Flußseite. Und was wird uns dafür geboten? Nun die Vertheilungsregel, daß Jeder erhält was vor seinem Lande liegt, und, da diese Regel nicht ausreicht, die Anweisung, je nach der Construction des einzelnen Falles, eine Mittellinie aus einer Bucht oder einem Nebenfluß zur Theilung einer im Hauptstrom entstandenen Insel herausfallen zu lassen, das fehlende Gegenüber durch ein schräges Gegenüber zu ersetzen, uns an die größere Nähe im Ganzen im Gegensatz zur größeren Nähe im Besonderen zu halten, und in Berücksichtigung zu ziehen, welches Ufer mehr, als das andere, das Gegenüber bilde.

Ich glaube in der That, ich sage nicht zu viel, wenn ich behaupte, daß dadurch die Lehre vom Inselerwerb in ein Chaos von Verworrenheit hineingebracht wird, in dem sich schließlich Niemand mehr zurecht finden kann.

Daß die Lehre des Römischen Rechtes auf einfacher natürlicher Grundlage beruhe, ist längst schon erkannt worden. Man vergleiche z. B. Puchta, Pandekten §. 165 und insbe-

sondere auch Gerber, System des deutschen Privatrechtes, dritte Auflage, wo es im §. 99 heißt:

„Auch im Deutschen Rechte wird der im Römischen Rechte ausgesprochene Grundsatz anerkannt, daß das allmählig einem Grundstücke angespülte Land (alluvio) und das Bett eines öffentlichen Flusses, sobald es ganz (alveus derelictus) oder zum Theil (insula nata) vom Wasser verlassen worden, dem anliegenden Grundeigenthümer als eine natürliche Fortsetzung seines Grundstücks anwächst. Nur einige Particularrechte haben diesen natürlichen Zusammenhang zerrissen und die entstandene Insel oder die Anschwemmung dem Fiscus zugetheilt."

Im Unklaren war es nur bisher geblieben, auf welchen Gedanken man die Fortsetzung der Ufer zurückzuführen habe [1]). Aber auch dieser Gedanke liegt so nahe, daß, wenn er gefunden, man kaum begreift, daß man ihn überhaupt hat suchen müssen. Denn um auch nach dieser Richtung einen klaren Durchblick zu gewinnen bis zu dem einzigen unsere Lehre beherrschenden Prinzip, bedarf es doch eben nur, daß man sich den Gegensatz vergegenwärtigt, welcher besteht zwischen einer festabgeschlossenen Grenze und der ihrer Natur nach wandelbaren Begrenzung, welche der Fluß bildet, dessen Ufer fortwährend mannichfachen Veränderungen ausgesetzt sind und beim Verlassen des Flußbettes sich nur gegenseitig im Vorrücken Schranken setzen können [2]).

Das Prinzip der größeren Nähe, welches, wenn man demselben eine mathematisch genaue Fassung geben will, dahin zu präcisiren ist:

---

1) Vgl. M. Auff. l. c. S. 65 u. f.

2) Die Römer hatten in dem ager limitatus eine Einrichtung, welche den Gegensatz immer scharf hervortreten ließ, und daß die Römischen Juristen die Veränderlichkeit einer Flußgrenze vor Augen gehabt, zeigt uns ja ihre Vergleichung des Flusses in der l. 30 §. 3 mit einem Landmesser und Grenzrichter.

Jeder Punkt der Insel oder des verlassenen Flußbettes wächst dem Uferpunkte an, welcher demselben näher ist als ein anderer Uferpunkt,

entfließt daher, wie ich oben schon näher entwickelt habe, aus der Natur der Verhältnisse und wird in einer Reihe von Gesetzesstellen als das für den Erwerb entscheidende Moment anerkannt, auch durch keine in den Quellen vorkommende Bestimmung in seiner Anwendbarkeit beschränkt, gewährt aber für alle Fälle eine feste Grundlage.

Von diesen Sätzen gehört nun freilich der letztere dem Gebiete der Mathematik an. Aber die Jurisprudenz wird doch unzweifelhaft überall, wo sie mit anderen Wissenschaften in Berührung kommt, darauf angewiesen sein, diese zu Rathe zu ziehen; und wer es nicht unterläßt, sich durch die Mathematik über die Richtigkeit jenes Satzes belehren zu lassen[1]), wird sich der Einsicht nicht verschließen können, daß es nicht bloß ein vergebliches sondern auch ein zweckloses Bemühen ist, in den Quellen nach Zweifelsgründen zu suchen, und ein eben so einfaches als natürliches (das Zerreißen des Zusammengehörigen verhinderndes) Prinzip theilweise verdrängen und durch andere Regeln ersetzen zu wollen.

---

1) Mir gab schon der mehrgedachte Rechtsfall Veranlassung, mich darüber zu vergewissern, daß das von mir vertretene Prinzip nirgends auf mathematische Schwierigkeiten stoße, und ich bin später durch die Mittheilung erfreut worden, daß ein Professor der Mathematik nach Prüfung meines Aufsatzes erklärt habe, das dort vertheidigte Prinzip sei das *mathematisch* allein haltbare.

VIII.

Zur Lehre vom jus offerendi.

Vom

Kreisrichter **Voß** in Bergen.

Die neueren Bearbeitungen der Lehre vom jus offerendi haben sich meistens von der Ansicht losgesagt, daß das dingliche Recht des Offerenten durch einen cessionsartigen Uebergang der ausgekauften Forderung vermittelt werde [1]. Und wohl mit Recht. Schon das Schweigen der Quellen muß Zweifel darüber erregen, ob und in wiefern das Geschäft des Auskaufes einer Pfandforderung durch einen Nachhypothekar der Abtretung einer Pfandforderung gleich zu achten sei. Die Vergleichung beider Rechtsvorgänge ergibt erhebliche innere Verschiedenheiten, welche nur dann übersehen werden können, wenn man mit anderweitig kaum zu bestreitenden Grundsätzen des Obligationenrechts für diesen besonderen Fall zu brechen vermag. Und selbst an jedem mittelbaren Hinweis auf die Cessionsnatur der Pfandnachfolge des Offerenten fehlt es. Daß Nebenpfänder und Bürgschaften, mit denen die ausgekaufte Pfandforderung versehen war, dem Offerenten nicht zufallen, erscheint zweifellos: wir hätten sonst die Quellen die Antwort auf schwierige Fragen unterlassen kön-

---

1) Für diese Ansicht hat neuerdings wieder Adamkiewicz im Archiv für civ. Pr. Band 56 (1873) S. 38 ff. sich ausgesprochen, nach unserem Dafürhalten jedoch ohne dieselbe mit neuen Gründen zu unterstützen.

nen, welche unabweislich eintreten, wenn man den Fortbestand und Uebergang der Nebenpfänder und Bürgschaften annehmen wollte?

Es ist nicht die Absicht der nachstehenden Untersuchung, die Anwendung der Cessionstheorie auf die Lehre vom jus offerendi nochmals zu widerlegen. Der Zweck derselben ist vielmehr, zu prüfen, in wiefern durch die zur Verdrängung der Cessionstheorie aufgestellten neuen Gesichtspunkte ein sicheres Ergebniß gewonnen sei, oder in wiefern, wenn ein solches Ergebniß nicht vorliegt, anderweitiges Licht über ein beachtenswerthes, leider aber in unsren Quellen ziemlich dürftig behandeltes Rechtsverhältniß sich verbreiten lasse.

In ersterer Beziehung kann also die Erörterung auf die Theorieen Windscheid's [1]) und Dernburg's [2]) sich beschränken [3]).

Man sollte meinen, mit Aufgabe der Cessionstheorie sei die Annahme unabweislich geworden, daß durch die Zahlung oder Hinterlegung, welche der Offerent vornimmt, die auszukaufende Forderung getilgt werde, also untergehe. Aber wenn man schlechthin bei dieser Folgerung stehen bleibt, so vermag man die Frage nicht zu beantworten, wie dem Offerenten geholfen werden solle? Ein Pfandrecht ohne Pfandforderung ist ein undenkbarer Begriff. Der Offerent kann demnach von der pfandlichen Sicherheit seines Vormannes für sich nur dann Nutzen ziehen, wenn entweder der Untergang der ausgekauften Forderung nicht ein durchaus vollständiger, sondern ausnahmsweise zu Gunsten des Offerenten eingeschränkt ist (Wind-

1) Pand. Bd. I §. 233^{b} No. 4, namentlich Note 16.

2) Pfandrecht Bd. II S. 490—497, 518—534.

3) Die neueste hierher gehörige Untersuchung von Schott (Ueber die accessorische Natur des Pfandrechts in den Jahrbb. für Dogm. Band 15 [1876] S. 1 ff.) schließt sich (namentlich S. 56 ff.) Dernburg an.

scheid's Ansicht) oder wenn aus dem Untergange der ausgekauften Forderung für ihn selber eine neue erwächst, welcher die für die ausgekaufte Forderung vorhanden gewesene Sicherheit sich anzuschließen vermag (Dernburg's Ansicht). Auf den ersten Blick scheint man sich alsbald für die zweite Alternative entscheiden zu müssen — denn was ist eine Tilgung, die doch wieder keine Tilgung ist? Aber es wird sich im Laufe der folgenden Betrachtung ergeben, daß, je leichter durch die Annahme einer vollständigen Vernichtung der ausgekauften Forderung dem Obligationenrecht Genüge zu leisten, desto schwieriger die dingliche Seite des Rechtsverhältnisses zu ordnen ist. Es erscheint daher geboten, vor der Beschäftigung mit dem dinglichen Rechte des Pfandnachfolgers die persönlichen Rechtsverhältnisse festzustellen, welche durch Ausübung des jus offerendi eine Veränderung beziehungsweise Neugestaltung erfahren.

Windscheid geht davon aus, das Römische Recht habe den Grundsatz, daß das Pfandrecht mit der Pfandforderung untergehe, nicht mit ausnahmsloser Strenge durchgeführt; es habe in einzelnen Fällen Fortbestand des Pfandrechts auch nach dem Untergange der Forderung anerkannt, wenngleich es geneigt sei, die Sache theoretisch sich dadurch zurechtzulegen, daß es Fortbestand der Forderung ad hoc annehme [1]). Zu diesen Ausnahmefällen rechnet Windscheid auch das Rechtsverhältniß, welches durch Ausübung des jus offerendi entsteht.

„Der nachstehende Pfandgläubiger hat das Recht, das Pfandrecht des vorhergehenden ohne weiteres an sich zu bringen [2])"; das R. R. hat „anerkannt, daß das für eine untergehende Forderung bestehnde Pfandrecht auf ein anderes Subjekt übergehn kann, ohne sich bei demselben wieder mit einer

1) Pand. §. 249 Bd. I (S. 741 der 3. Auflage).
2) §. 233 b Note 11 a. a. O.

Forderung zu verbinden[1])." Denn „es kann vorkommen, daß die Forderung in jeder anderen Beziehung vollständig abstirbt und nur für das Pfandrecht fortdauert. Der Gläubiger hat dann zum Zwecke der Realisirung seiner Forderung keine andere Macht mehr, als die Pfandrechtsmacht, seine Forderung ist in dem Pfandrecht aufgegangen. Sie wäre ganz untergegangen, wenn sie nicht mit einem Pfandrecht versehen gewesen wäre; das Pfandrecht schützt sie vor dem Untergange, soweit sein Bereich geht. Mit anderen Worten: die Forderung dauert nicht blos für das Pfandrecht fort, sondern auch durch das Pfandrecht; es ist nicht mehr die Forderung, welche die Grundlage für das Pfandrecht bildet, sondern das Pfandrecht bildet die Grundlage der Forderung[2])."

In Anwendung auf das jus offerendi heißt das nichts anderes, als: die Forderung wird durch den Offerenten zwar bezahlt, also getilgt, aber doch nicht vollständig getilgt. Sie geht nicht gänzlich unter; aber noch mehr: sie bleibt nicht etwa in ihrer veränderten Gestalt bei dem alten Gläubiger, sondern sie geht in dieser veränderten Gestalt auf den Offerenten über. Soweit überhaupt noch von einer Gläubigerschaft bei der durch Oblation erworbenen Pfandforderung gesprochen werden kann, ist Gläubiger der Offerent geworden.

---

1) §. 233a a. a. O.

2) §. 225 No. 2 a. a. O. Aehnliche Gesichtspunkte stellt Schott in der oben angeführten Abhandlung auf. Vgl. S. 33 ff., 56. Er geht von den folgenden zwei Grundsätzen aus:

1) Geht die Obligation als primäres Zweckmittel unter, weil der obligatorische Zweck dahin gefallen ist, so geht auch das Pfandrecht als sekundäres Zweckmittel unter.

2) Geht aber die Obligation als primäres Zweckmittel unter, ohne daß der obligatorische Zweck dahin gefallen ist, so bleibt das Pfandrecht als sekundäres Zweckmittel bestehen.

Nichts desto weniger schließt er in Betreff des jus offerendi der Dernburg'schen, nicht der Windscheid'schen Ansicht sich an.

Hiermit hat Windscheid der auch von ihm verworfenen Cessionstheorie auf einem Umwege wieder sich zugekehrt.

Indeß vielleicht ist Windscheid's Meinung, wenigstens in Bezug auf das jus offerendi, nicht so weit gegangen, als seine Worte dies zu thun scheinen, welche zum Zwecke ihrer Gesammtübersicht aus ihrem anderweitigen Zusammenhange herausgerissen werden mußten. Es ließe, ohne dem Kerne der Windscheid'schen Theorie Abbruch zu thun, die Sachlage dahin sich auffassen, daß nicht der Offerent, sondern der Abgefundene lediglich im Interesse des Offerenten, also ohne selbst irgend ein Gläubigerrecht ausüben zu können, Gläubiger bliebe. Denn was dem Offerenten durch die Ausübung seines Rechts gewährt werden soll, Geltendmachung eines fremden Pfandrechts kraft eigenen Rechtes, das könnte ihm auch gewährt werden, wenn man „ad hoc" den Abgefundenen als Gläubiger auch ferner betrachtete.

Aber abgesehen davon, daß auch diese Gestaltung des Rechtsverhältnisses ihre Bedenken gegen sich haben würde, läßt gegen den Kern der Windscheid'schen Theorie selbst das Erheblichste sich einwenden. Wie kann das Römische Recht Ausnahmen aufgestellt haben, welche mit dem Wesen des Pfandrechts unverträglich sind? und wo führt es sonst Beispiele von Pfandrechten vor, welche der Forderung schlechthin ermangeln? Nur ein einziger Fall läßt sich hierher zählen, nämlich derjenige, in welchem der Eigenthümer der Pfandsache aus einem früher bestandenen Pfandrechte gegen Nachpfandgläubiger geschützt wird, ohne daß er eine Forderung hat, zu deren Sicherung dieser Schutz dient[1]). Man kann hier nicht sagen: das dem Pfandkäufer zu sichernde Recht sei sein etwaiger Anspruch ex emto wegen Entwehrung der Sache; denn er tritt in die

1) l. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, Windscheid Pand. §. 248 Note 27.

Rechte des Pfandgläubigers nur ein, wenn diesem der Kaufschilling wirklich zukommt. Auch ein Anspruch aus unbeanftragter Geschäftsführung läßt sich nicht darthun, denn der Käufer des Pfandes läßt sich auf den Kaufhandel ohne Rücksicht auf das etwaige Interesse des Gläubigers, und mit dem Schuldner und Eigenthümer der Pfandsache als Kontrahenten ein. Aber es liegt hier nicht nur keine zu sichernde Forderung, sondern auch kein Pfandrecht vor. Betrachtet man den hier gewährten Schutz nicht als ein „Pfandrecht an eigner Sache", sondern als eine besondere Qualifikation des Eigenthumsschutzes, hält man mithin daran fest, daß das Pfandrecht ein Recht an fremder Sache ist, dann lassen sich Ausnahmen von dem Grundsatze des Römischen Rechts nicht nachweisen, daß das Pfandrecht, um bestehen zu können, mit einer Forderung verbunden sein muß. Ob aber diese Forderung stets eine und dieselbe bleiben muß, oder ob das Pfandrecht von einer Forderung auf die andere überspringen kann, das ist eine Frage, welche mit jenem Grundsatze in nicht unlöslichem Zusammenhange steht, deren Beantwortung vielmehr hier, wo es lediglich um einen wesentlichen Grundsatz des Pfandrechts überhaupt sich handelt, ausgeschlossen werden muß.

So tritt Windscheid's Ansicht Grundregeln des Obligationenrechts — dem Begriffe der Zahlung — wie des Pfandrechts — dem Begriffe des Sicherungsrechts — entgegen, welche wir anderweitig als unumstößliche Eckpfeiler römischer Rechtsanschauung zu verwerthen gewohnt sind. Das jus offerendi erhält so das Ansehen eines Rechtsinstitutes, welches im System durchaus vereinzelt dasteht und nicht so wohl auf positiver Rechtsgrundlage, sondern auf willkürlicher Rechtserfindung zu beruhen scheint.

Aber Windscheid hat seine Ansicht durch Berufung auf eine Quellenstelle zu stützen gesucht, welcher auch in der obener-

Hiermit hat Windscheid der auch von ihm verworfenen Cessionstheorie auf einem Umwege wieder sich zugekehrt.

Indeß vielleicht ist Windscheid's Meinung, wenigstens in Bezug auf das jus offerendi, nicht so weit gegangen, als seine Worte dies zu thun scheinen, welche zum Zwecke ihrer Gesammtübersicht aus ihrem anderweitigen Zusammenhange herausgerissen werden mußten. Es ließe, ohne dem Kerne der Windscheid'schen Theorie Abbruch zu thun, die Sachlage dahin sich auffassen, daß nicht der Offerent, sondern der Abgefundene lediglich im Interesse des Offerenten, also ohne selbst irgend ein Gläubigerrecht ausüben zu können, Gläubiger bliebe. Denn was dem Offerenten durch die Ausübung seines Rechts gewährt werden soll, Geltendmachung eines fremden Pfandrechts kraft eigenen Rechtes, das könnte ihm auch gewährt werden, wenn man „ad hoc" den Abgefundenen als Gläubiger auch ferner betrachtete.

Aber abgesehen davon, daß auch diese Gestaltung des Rechtsverhältnisses ihre Bedenken gegen sich haben würde, läßt gegen den Kern der Windscheid'schen Theorie selbst das Erheblichste sich einwenden. Wie kann das Römische Recht Ausnahmen aufgestellt haben, welche mit dem Wesen des Pfandrechts unverträglich sind? und wo führt es sonst Beispiele von Pfandrechten vor, welche der Forderung schlechthin ermangeln? Nur ein einziger Fall läßt sich hierher zählen, nämlich derjenige, in welchem der Eigenthümer der Pfandsache aus einem früher bestandenen Pfandrechte gegen Nachpfandgläubiger geschützt wird, ohne daß er eine Forderung hat, zu deren Sicherung dieser Schutz dient [1]). Man kann hier nicht sagen: das dem Pfandkäufer zu sichernde Recht sei sein etwaiger Anspruch ex emto wegen Entwehrung der Sache; denn er tritt in die

1) l. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, Windscheid Pand. §. 248 Note 27.

Rechte des Pfandgläubigers nur ein, wenn diesem der Kaufschilling wirklich zukommt. Auch ein Anspruch aus unbeauftragter Geschäftsführung läßt sich nicht darthun, denn der Käufer des Pfandes läßt sich auf den Kaufhandel ohne Rücksicht auf das etwaige Interesse des Gläubigers, und mit dem Schuldner und Eigenthümer der Pfandsache als Kontrahenten ein. Aber es liegt hier nicht nur keine zu sichernde Forderung, sondern auch kein Pfandrecht vor. Betrachtet man den hier gewährten Schutz nicht als ein „Pfandrecht an eigner Sache", sondern als eine besondere Qualifikation des Eigenthumsschutzes, hält man mithin daran fest, daß das Pfandrecht ein Recht an fremder Sache ist, dann lassen sich Ausnahmen von dem Grundsatze des Römischen Rechts nicht nachweisen, daß das Pfandrecht, um bestehen zu können, mit einer Forderung verbunden sein muß. Ob aber diese Forderung stets eine und dieselbe bleiben muß, oder ob das Pfandrecht von einer Forderung auf die andere überspringen kann, das ist eine Frage, welche mit jenem Grundsatze in nicht unlöslichem Zusammenhange steht, deren Beantwortung vielmehr hier, wo es lediglich um einen wesentlichen Grundsatz des Pfandrechts überhaupt sich handelt, ausgeschlossen werden muß.

So tritt Windscheid's Ansicht Grundregeln des Obligationenrechts — dem Begriffe der Zahlung — wie des Pfandrechts — dem Begriffe des Sicherungsrechts — entgegen, welche wir anderweitig als unumstößliche Ecksteine römischer Rechtsanschauung zu verwerthen gewohnt sind. Das jus offerendi erhält so das Ansehen eines Rechtsinstitutes, welches im System durchaus vereinzelt dasteht und nicht so wohl auf positiver Rechtsgrundlage, sondern auf willkürlicher Rechtserfindung zu beruhen scheint.

Aber Windscheid hat seine Ansicht durch Berufung auf eine Quellenstelle zu stützen gesucht, welcher auch in der obener-

wähnten Abhandlung von Schott[1]) eine eingehende Besprechung zu Theil geworden ist: die bekannte l. 59 pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. (Paul. l. IV. Quaest.)

Debitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris; quum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adiit, et restituit: quum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure dominii id possidere; respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est, videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione? Atquin sive possidet creditor (actor) idemque heres, rem, sive non possidet, videamus de effectu rei: et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoraticia, quia hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim, non solutam esse pecuniam, quemadmodum dicimus, quum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris competit, et solutum non repetetur; remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re integra autem non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate ei esset cautum, vel soluta pecunia esset. Nam et cum de lucro heres agit, qui forte legatum accepit, non esse cogendum adire nisi legato praestito: ubi quidem potuit dici, nec cogendum esse heredem contra voluntatem defuncti, qui legando heredi si non adiisset,

1) S. 46 ff.

in ipsius voluntate posuit aditionem; sed quum testator alterutrum dederit, nos utrumque ei praestamus.

Um diese Stelle, deren Inhalt uns auch bei Schott a. a. O. nicht genügend klar gelegt erscheint, richtig beurtheilen zu können, muß man sich das Recht des Universalfideikommisses vergegenwärtigen.

Windscheid[1]) lehrt, bis zur Herausgabe des Nachlasses sei der mit dem Universalvermächtnisse — wir vermeiden den Ausdruck „Erbschaftsvermächtniß" absichtlich — beschwerte Erbe nicht nur dem Namen nach, sondern auch in der Wirklichkeit Erbe, nach der Herausgabe sei der wirkliche Erbe der Vermächtnißnehmer, der Beschwerte sei Erbe nur dem Namen nach. Daher leben durch die Herausgabe der Erbschaft die durch den Erbschaftsantritt untergegangenen Rechtsverhältnisse wieder auf. Zur Unterstützung beruft sich Windscheid[2]) namentlich auf l. 73 §. 1 D. h. t.

cum ex Trebelliano S^co restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilominus valent.

Er bemerkt zwar: „eine gleiche Anerkennung enthalten die Quellen für obligatorische Rechtsverhältnisse nicht, vielmehr bezeichnen dieselben als den zutreffenden Weg der Abhülfe, daß die Verpflichtung des Erben aus dem Vermächtniß sich um den Betrag des durch Konfusion Verlorenen oder Erworbenen mindere oder steigere." Unter Bezugnahme auf l. 58 pr. und l. 59 pr. D. h. t. kommt aber Windscheid zu dem Schlusse, daß hier eine unvollkommene Entwickelung des R. R. vorliege[3]). Angesichts der l. 73 §. 1 cit. zweifelt er nicht daran, „daß wir befugt sind, den Schritt zu thun, welchen die Quellen ablehnen."

1) a. a. O. §§. 665, 667.

2) §. 667 Note 4^a.

3) Hiergegen auch Schott a. a. O. S. 50 Note 68.

Dieser Ausführung kann jedoch nicht ohne Einschränkung beigetreten werden. Nur dritten Personen gegenüber gilt der Vermächtnißnehmer nach dem Erwerbe des Universalvermächtnisses als wahrer Erbe: der Beschwerte selbst bleibt ihm gegenüber Erbe nicht nur dem Namen nach, sondern auch in Wirklichkeit. Eigentlich ist dies selbstverständlich. Denn das gesammte Recht des Vermächtnißnehmers, also auch seine Befugniß, Dritten gegenüber als Erbe aufzutreten, beruht ja darauf, daß der Beschwerte nicht bloß zum Schein, sondern thatsächlich die Erbschaft erworben habe.

Diese Regel wird demgemäß in den Quellen bezeugt[1]). In Uebereinstimmung hiermit wird die Gleichstellung der Konfusion mit der Zahlung als Aufhebungsgrund von Obligationen auch für den Fall nirgends beanstandet, daß der Erbe die Erbschaft auf Grund eines Universalvermächtnisses herausgeben muß.

Daß Servituten nicht ganz so behandelt werden können, wie Forderungsrechte, hat seinen guten Grund. Servituten galten den Römern geradezu als Eigenschaften von Grundstücken, sie wachsen mit diesen zu einer wirthschaftlichen Einheit zusammen. Sollte diese wirthschaftliche Einheit durch die vorübergehende Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks in der Hand eines Eigenthümers nicht dem Willen des Erblassers zuwider zerrissen werden, so mußte für Wiederherstellung der Servituten gesorgt werden.

Beim Legat erfolgt diese Wiederherstellung unverkennbar nur durch die Mitwirkung der beim Vermächtnisse Betheiligten, nicht von Rechtswegen:

l. 18 D. de servitut. 8. 1:

In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt,

---

2) l. 58 pr., l. 27 §. 11 D. h. t. 36, 1. l. 95 §. 2 D. de solut. 46. 3.

responsum est, doli exceptionem novituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi[1]);

wie beim Erbschaftskaufe:

l. 9 D. comm. praed. 8. 4:

Si ejus, cujus praedium mihi serviebat, heres extiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi heres tu videaris extitisse[2]).

Es liegt auf der Hand, daß bei Vermächtnissen von bedeutendem Umfange es zu großen Weitläufigkeiten führen mußte, wenn man an der wechselseitigen Wiederbestellung der untergegangenen Dienstbarkeiten für jeden einzelnen Fall festhielt. Demgemäß ließ man die Herausgabe eines Fideikommisses (wohl ohne Unterschied, ob es ein Einzel- oder ein Universalvermächtniß war) auf Grund des erblasserischen letzten Willens als stillschweigende Wiederbestellung der untergegangenen Dienstbarkeiten gelten. Hätte man sich für das Wiederaufleben derselben kraft rechtlicher Nothwendigkeit entschieden, so hätte man entweder die Ursache der eingetretenen Konfusion, nämlich den Erbschaftsantritt, als nicht geschehen behandeln, oder aber dem Grundsatze des Servitutenrechts entgegentreten müssen, daß Niemand eine Dienstbarkeit an eigner Sache haben könne. Es spricht nichts dafür, daß die Römer den einen oder den andern dieser beiden Wege eingeschlagen hätten.

Dem entsprechend würden auch konfundirte Obligationen lediglich auf dem Wege stillschweigender Wiederbegründung zwischen dem Erben und dem Vermächtnißnehmer haben erneuert

---

1) Aehnlich l. 116 §. 4 D. de leg. I (30), l. 70 §§. 1. 2, l. 84 §. 4 eod.

2) Aehnlich l. 2 §. 19 D. de hered. vel act. vend. 18. 4. Zu vergleichen ist auch Windscheid, Pand. §. 621 (S. 263 der 2. Aufl. des 3. Bandes).

werden können. Eine solche war in der Regel überflüssig. Denn das Recht des Vermächtnißnehmers ging dem Erben gegenüber nicht weiter, als auf Herausgabe des Nachlasses nach Abzug dessen, was dem Erben nicht kraft Erbrechts und dessen, was ihm auf Grund der letztwilligen Verfügung seines Erblassers gebührte. War mithin der Erbe im Besitze der Erbschaft, so konnte er zurückbehalten, was ihm zukam. War er nicht im Besitze, so war der Vermächtnißnehmer durch dasjenige, was der Erbe als Besitzer hätte abziehen können, aus dessen Vermögen bereichert und demgemäß einer condictio sine causa ausgesetzt.

Daß dem Erben auf Erstattung solcher Bereicherung eine Klage zustand, zeigen

l. 80 D. h. t. 36. 1:

aditione enim hereditatis confusa obligatio intercide-rat: sed fideicommissi repetitio erat, cujus aequitas defecit his, qui multa ex hereditate consumsisse proponantur,

wenn nicht in dieser Stelle statt „repetitio" „reputatio" zu lesen ist, was anscheinend einen besseren Sinn geben würde, und l. 44 pr. D. eod.:

„potest tamen evenire, ut restitutionem distulerit heres, veluti si ei pecuniam debuerit defunctus quam retinere maluit, quam petere."

War freilich die Erbschaft von zweifelhafter Zulänglichkeit, so konnte dem Erben der Untergang seiner Sicherungsmittel — Bürgen oder Pfänder — nachtheilig werden. Accessorische Rechte dieser Art lassen nicht dadurch sich wieder herstellen, daß zwischen dem Erben und dem Universalvermächtnißnehmer eine neue Hauptforderung mit dem Inhalte der alten begründet wird. Der Erbe also, welcher die beste Sicherheit von seinem Faustpfande erwartete, brachte sich für den Fall, daß es bei

dem regelmäßigen Rechte blieb, auch dann um diesen Vortheil, wenn er lediglich zum Vortheile des Vermächtnißnehmers, insbesondere vom Prätor gezwungen antrat. Das aber ist nicht die Absicht des Rechts: der Erbe soll von dem erzwungenen Antritt zwar keinen Vortheil, aber auch keinen Schaden haben. Folglich — das ist die ausgesprochene Meinung des Paulus in l. 59 pr. cit. — darf man den Erben zum Erbschaftsantritt um des Vermächtnißnehmers willen dann nicht und so lange nicht anhalten, als der Erbe von dem Erbschaftsantritte einen Schaden für sich besorgen muß. Das Verlangen des Vermächtnißnehmers, daß der Erbe antrete, ist vielmehr erst dann gerechtfertigt, wenn er ihm für völlige Schadloshaltung Sicherheit leistet. Hiermit stimmt überein, was Paulus in l. 36 h. t. sagt:

> heres judiciis, quibus conventus est, aut stipulationibus, quibus necesse habuit promittere, obstrictus manebit; ergo non alias cogetur restituere, quam ei caveatur.

Nun hatte in dem nach l. 59 pr. zur Entscheidung vorliegenden Falle der Prätor über dies Recht des Erben sich hinweg gesetzt. Wie war dem letzteren zu helfen?

> „videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione?"

Um die von Paulus ertheilte Antwort zu verstehen, muß man zuerst wissen, was für ihn Gegenstand der Frage ist. Hält er den Untergang der Forderung durch den Erbschaftsantritt für etwas Gewisses oder für etwas Zweifelhaftes? Im ersteren Falle ist die zu erörternde Frage die, ob und weshalb diesmal das Pfandrecht das Schicksal der Forderung nicht theile; im zweiten ergibt sich der Fortbestand oder der Untergang des Pfandrechts ohne weiteres, je nachdem man für die Fortdauer oder für die Nichtfortdauer einer naturalis obligatio sich ent-

scheidet. Für beide Auffassungen der Fragestellung des Paulus finden sich in der Stelle Stützpunkte.

Der mit „videamus" eingeleiteten Frage geht unmittelbar die positive Erklärung vorher:

„aditione quidem hereditatis confusa obligatio est."

Nun ist die Konfusion nicht ein lediglich auf dem jus civile beruhender Aufhebungsgrund, sondern ein solcher, welcher zugleich dem jus naturale angehört. Es scheint mithin fast unmöglich, an dem Untergange der Forderung zu zweifeln, wenn nicht der Zweifel durch die besonderen Umstände des Falles gerechtfertigt wird. Windscheid hegt einen solchen Zweifel, wie es scheint, nicht; denn er will nicht die Fortdauer der Forderung in der Person des Erben, sondern das Wiederaufleben der entsprechenden Verpflichtung in der Person des Vermächtnißnehmers aus der Stelle herleiten. Geht man nun mit Windscheid davon aus, daß die Fortdauer der Forderung des Erben nicht durch die besonderen Umstände des hier verhandelten Falles habe gerechtfertigt werden sollen, sondern durch eine — im Römischen Rechte freilich nicht völlig abgeschlossene — Fortbildung des Vermächtnißrechts, dann ist man folgerichtig zu der Annahme gezwungen, daß die naturalis obligatio, welche „propter pignus remanet" nicht identisch sei mit derjenigen, welche „aditione confusa" ist.

Dies hat auf den ersten Blick viel für sich, während die gegentheilige Annahme manche Bedenken hervorruft. Die Entstehung der naturalis obligatio propter pignus würde, wenn man sie auf eine unvollkommene Wirkung der Konfusion zurückführen wollte, in den Zeitpunkt des Erbschaftsantrittes zu verlegen sein, mit welchem der Erwerb des Vermächtnisses auch dann, wenn der Erbe gezwungen angetreten hat, nicht nothwendig und von Rechts wegen zusammenfällt [1]). Die Forderung

1) l. 44 pr. D. h. t.

würde dem Erben gegen sich selber zustehen, und, weil sie nicht dem Pfande, sondern dem Erbschaftsantritte ihre Entstehung verdankt, wenigstens im Sinne Windscheid's nicht als „obligatio propter pignus" bezeichnet werden können.

Andrerseits aber ist es ebenfalls nicht unbedenklich, wenn man die „obligatio propter pignus" an den vor dem Erbschaftsantritte vorhanden gewesenen Zustand nicht durch ununterbrochene Fortdauer, sondern durch Wiederanknüpfung eines zerrissenen Fadens anschließen will. Zwar scheint es an sich nicht unthunlich, die Entstehung der „obligatio naturalis" in den Zeitpunkt der Herausgabe beziehungsweise des Empfanges der Erbschaft durch den Vermächtnißnehmer zu verlegen. Die Herausgabe würde hierdurch das Ansehen erhalten, als erfolge sie deducto pignore, als schließe der Akt der Herausgabe beziehungsweise der Annahme des Universalvermächtnisses eine stillschweigende Wiederbegründung von Forderung und Pfandrecht nach Analogie der Dienstbarkeiten in sich. Aber die Schwierigkeit würde alsdann in der Aufrechterhaltung der Priorität des Pfandrechtes liegen. Dem neubegründeten Pfandrechte einen Vorzug vor denjenigen Pfandrechten Dritter zuzugestehen, welche durch den Erbschaftsantritt und die mit demselben verbundene Konfusion in die Lage gekommen sind, dem früheren Gläubiger und jetzigen Erben nachzurücken, möchte bedenklich sein. Ob der vorliegende Fall darnach angethan war, daß der Erbe durch die Neubegründung eines Pfandrechts, gleichviel von welcher Priorität, ausreichend gesichert war, mag trotz der aus den Worten „quum nollet adire ut suspectam" für das Gegentheil zu entnehmenden Wahrscheinlichkeit auf sich beruhen bleiben. Auffallend muß es jedenfalls erscheinen, wenn Paulus an der völligen Identität des für die konfundirte Forderung bestellt gewesenen Pfandrechts und desjenigen festhält, um dessen willen die „naturalis obligatio" fortdauern soll. Daß er

dies thut, läßt sich kaum in Abrede stellen; denn er deutet nicht durch das geringste Wort an, daß mit dem Pfandrechte der konfundirten Obligation eine Veränderung vorgegangen sein müsse. Ist ein Rückschluß auf die Identität der „naturalis obligatio propter pignus“ mit der konfundirten Obligation gerechtfertigt? Wenn dies der Fall ist, dann muß man folgeweise annehmen, daß Paulus die vollständige Aufhebung der konfundirten Obligation bezweifelt habe; weiter aber auch, daß er dies nur unter Anschluß an die besonderen Umstände des vorliegenden Falles gethan hat. Alsdann wäre die Stelle nicht von einem Wiederaufleben, sondern von einer Fortdauer der konfundirten Forderung zu verstehen; von einer Fortdauer nicht auf Grund des Pfandrechtes, als welches der Konfusion des Hauptrechtes unterliegt, sondern auf Grund des vom Prätor ausgeübten Zwanges.

In der That ist nur auf diesem Wege eine befriedigende Erklärung der Stelle zu erzielen.

Man kann nicht von vornherein einwenden, der Prätor habe die regelmäßige Wirkung der Konfusion nicht brechen können, weil er hiermit gegen das jus naturale verstoßen haben würde. Vielmehr liegt der gegenwärtige Fall so, daß die Konfusion, obzwar in den Satzungen des jus civile begründet, dem jus naturale zuwiderläuft. Die natürliche Billigkeit fordert, daß der Gläubiger als Erbe sein Pfandrecht nicht verliere; dieß kann nur so geschehen, daß er seine Forderung behält, insoweit sie zur Aufrechterhaltung des Pfandes dient. Es fragt sich aber, auf welchem Wege diese natürliche Billigkeit im Rechte Anerkennung finden kann, ohne daß mit anerkannten Bestimmungen des jus civile geradezu gebrochen wird? Hier scheint Paulus folgenden Weg eingeschlagen zu haben. Er geht von der Annahme aus, daß der Gläubiger, welcher lediglich zum Vortheil des Vermächtnißnehmers und in Folge des vom Prätor

ausgeübten Zwanges die Erbschaft angetreten hat, Erbe werde nicht kraft seines eigenen höchstpersönlichen Willens, sondern durch den Einfluß eines ihm aufgezwungenen fremden Willens, welcher gleichwohl jure civili als sein eigener Wille behandelt wird. Indem er aber Erbe nur gleichsam als Geschäftsführer eines Dritten wird, verschmilzt er die Persönlichkeit seines Erblassers nicht völlig mit der seinigen. Da er nur kraft des ihm aufgezwungenen legalen Willens Erbe geworden ist, so steht sein natürlicher Wille der Erbschaft noch so gegenüber, als wenn die Rechtsgesammtheit derselben nicht in seiner Persönlichkeit aufgegangen ist. Er hält der Erbschaft gegenüber den Gläubigerwillen, als Pfandgläubiger den Willen eines Pfandgläubigers aufrecht: „possidet enim quasi creditor."

Diese Trennung der Persönlichkeiten des Gläubigers und des Erben läßt sich aber nur insoweit durchführen, als man auf dem Boden des jus naturale stehen bleibt. Verläßt man diesen und geht man zu dem Standpunkte des jus civile über, so tritt die Konfusion in ihre Rechte ein. Daher kann die durch Konfusion in der Person des Erben untergegangene Forderung nicht als klagbare Forderung fortdauern. Sie kann aber auch als eine naturalis obligatio im gewöhnlichen Sinne nicht fortdauern, da zu einer solchen eine äußerlich wahrnehmbare Trennung des Gläubiger- und Schuldnerwillens gehören würde, welche, so lange Gläubiger und Schuldner eine und dieselbe Person bilden, nicht stattfinden kann. Das einzige sinnenfällige Merkmal, aus welchem die Trennung des natürlichen Gläubigerwillens und des legalen Erbenwillens in der Person des Fiduziars erkannt werden kann, ist der Pfandbesitz und der diesem entsprechende Besitzwille. Wer als Pfandgläubiger fortbesitzen will, will in soweit nicht nur juristischer Besitzer, sondern auch Gläubiger sein. So erklärt es sich, daß die naturalis obligatio nur propter pignus fortbesteht — die Fort-

dauer ist nicht auf juristischem, sondern auf psychologischem Wege konstruirt. So ferner, daß sie propter pignus fortdauert — wäre das Pfand eine Hypothek, nicht ein Faustpfand, gewesen, deren Besitz der Gläubiger nicht hatte, sondern mittelst Klage erlangen mußte, dann hätte es an einem Besitzerwillen gefehlt, an welchen der Gläubigerwille sich hätte anschließen können. Nur vom Faustpfandgläubiger handelt unsere Stelle, und nur von einem Besitzverlust, welcher nach erfolgtem Erbschaftsantritt stattgefunden hat. Daß die Worte sive possidet creditor (actor) idemque heres, rem, sive non possidet nicht auch auf den Fall bezogen werden können, in welchem der Gläubiger zur Zeit des erzwungenen Erbschaftsantritts nicht Besitzer war, zeigt der Umstand, daß die Erörterung des „sive non possidet" eingeleitet wird mit den Worten: „Sed etsi fideicommissarius rem teneat." —

Es ist durchaus nicht der römischen Anschauung gemäß, den Erbschaftsantritt des Gläubigers aus dem Grunde, weil er erzwungen worden, als eine Form, und demgemäß die Konfusion als reinen Scheinakt zu behandeln [1]). Die Konfusion vernichtet das Recht des Gläubigers, soweit dasselbe lediglich auf Grund des jus civile Anerkennung beanspruchen konnte. Die Fakta aber, daß der Gläubiger nur gezwungen die Erbschaft angetreten und daß er nicht aufgehört hat, Pfandgläubiger sein und als solcher besitzen zu wollen, werden durch die Konfusion nicht berührt. An diese Fakta knüpft die Fortdauer des Pfandes sich an.

Das ist der Zustand der Sache während der Zwischenzeit, durch welche der Erbschaftsantritt von der Herausgabe der Erbschaft getrennt wird. Erfolgt nun die Herausgabe, so geht die

1) Dies wider Dernburg Pfandr. Band II S. 569, dessen Berufung auf l. 13 §. 1, l. 14 D. de test. mil. 29. 1 leicht abzuweisen sein dürfte.

Erbschaft mit ihren Lasten, also auch mit der, der eben entwickelten naturalis obligatio entsprechenden Verbindlichkeit, auf den Fideikommissar über. Die Konfusion der ursprünglichen Obligatio schadet der Pfandklage nicht, da sie der Zahlung im vorliegenden Falle nicht gleich zu setzen ist. Es wird dem Gläubiger daher die Formel der Pfandklage gegeben, wie sie ihm gegen den Erblasser selbst gegeben worden wäre. In sofern hiernach dem Fideikommissar die Möglichkeit gegeben werden muß, das Pfand auszulösen, findet endlich die soluti retentio statt. Durch diese hauptsächliche, der naturalis obligatio (im gewöhnlichen Sinne einer klaglosen Forderung) eigene Wirkung nähert sich jener wiederum die obligatio propter pignus.

Das ist nach unserem Dafürhalten der Gedankengang des Paulus. Daß derselbe richtig dargelegt ist, dafür lassen sich auch sonst noch Beweisgründe aus unserer Stelle entnehmen.

Zunächst der Ausdruck „remanet propter pignus naturalis obligatio“. Dieser Satz erscheint als Antwort auf die fragend erfaßten Worte: sublata naturali obligatione? und paßt, wenn man den Wortsinn genau erwägt, nur auf ein Forderungsrecht, welches die eingetretene Konfusion überdauert, nicht auf ein solches, welches erst durch den Erwerb des Vermächtnisses zwischen dem Erben und dem Vermächtnißnehmer begründet werden soll.

Sodann die Vergleichung unseres Falles mit demjenigen „quum amissa est actio propter exceptionem“. Im Sinne des Paulus ist hierbei an die im justinianeischen Rechte nicht mehr vorkommende Prozeßverjährung [1]) zu denken. Dem er-

1) Vgl. Keller, Röm. Civ.-Prozeß §. 45 und l. 8 §. 1 D. ratam rem 46. 8, l. 30 §. 1 D. ad C. Aq. 9. 2, l. 27 D. de pign. 20. 1. Windscheid Pand. §. 129 Note 7 und §. 249 Note 5. Schott a. a. O. S. 43.

zwungenen Erbschaftsantritte steht in dem Gleichnisse nicht etwa die prozessualische Konsumtion der in judicium deducirten actio, sondern die Prozeßverjährung gegenüber. Wäre die Konsumtion es gewesen, welche durch ihren Einfluß auf die von ihr berührte actio außerhalb derselben eine naturalis obligatio stehen ließ, dann wäre schon der Moment der Litiskontestation derjenige, von welchem ab die Fortdauer des Pfandes, welches für die konsumirte Obligation bestellt gewesen, aus der zurückgebliebenen naturalis obligatio hergeleitet werden müßte. Der Eintritt der Prozeßverjährung, durch welche dann lediglich das prozessualische, aus der Litiskontestation erwachsene Recht vernichtet worden wäre, würde für die Frage, in welcher Weise das für die konsumirte Obligation bestellt gewesene Pfandrecht erhalten werden sollte, ohne Bedeutung gewesen sein. Zu voller bildnerischer Anschaulichkeit hingegen erhebt sich das Gleichniß, wenn, wie unseres Erachtens geschehen muß, die Prozeßverjährung selbst als diejenige Thatsache angesehen wird, welche das Pfandrecht der eingeklagten Forderung nöthigt, auf die naturalis obligatio — welche hier freilich nicht nothwendig als „naturalis obligatio propter pignus“ aufzufassen ist — als auf seine Unterlage zurückzugehen. In der in litem deduzirten actio und vorläufig ganz durch die formelle Prozeßobligation verdeckt, birgt sich der mittelst der Konsumtion novirte stoffliche Inhalt des früheren Forderungsrechtes. Die Prozeßverjährung (wenigstens dann, wenn sie, wie bei den judiciis, quae imperio continebantur, lediglich ope exceptionis eintrat) richtete ihre Spitze gegen die formelle Prozeßobligation. Letztere gab nun ihren Platz, durch dessen Behauptung sie die materielle Obligation bisher verdeckt hatte, auf und legte diese selbst als unmittelbare Quelle rechtlicher Wirkungen blos — ganz wie nach dem Erbschaftsantritte die konfundirte Forderung der „obligatio propter pignus“ Raum gab.

Endlich spricht für die oben gegebene Erklärung der Stelle, daß nur durch sie die Bemerkung verständlich wird, welche Paulus mit den Worten: „in re integra autem non putarem“ etc. einleitet. Nur dem glücklichen Ungefähr, daß er ein Faustpfand hat, verdankt im vorliegenden Falle der Gläubiger seinen Schutz vor dem sonst unvermeidlichen Verluste seiner Sicherheit [1]). Würde man die Stelle entweder so verstehen, daß die konfundirte Forderung von Rechtswegen wieder auflebe, oder so, daß sie überhaupt nicht untergehe, dann würde dem Gläubiger stets geholfen sein — es wäre kein Grund vorhanden gewesen, den Prätor vor einer unbedachtsamen Anwendung seiner Zwangsgewalt zu warnen.

Ist demnach die „naturalis obligatio propter pignus“ in l. 59 pr. cit. nicht als ein Rechtsverhältniß anzusehen, welches in Folge des Durchganges durch die Person des Erben unterbrochen und in der Person des Vermächtnißnehmers wiederhergestellt ist, sondern vielmehr als ein solches, welches scheinbar unterbrochen ist, thatsächlich aber ohne Unterbrechung fortdauert, so läßt sich diese naturalis obligatio nicht für die Theorie des jus offerendi verwerthen. Denn die Fortdauer derselben erklärt sich in l. 59 pr. cit. durch den Sieg des jus naturale über das jus civile — in unserer Art zu denken dadurch, daß von der Konfusion der Forderung trotz der Vereinigung von Gläubiger und Schuldner in einer Person oder vielmehr, weil diese Vereinigung eine nur scheinbare ist, abgesehen wird. Die Leistung des Offerenten in irgend einer Beziehung als Scheinleistung aufzufassen, ist schlechterdings, auch jure naturali, unmöglich. Ist dies zuzugeben, dann wird klar, wie die in l. 59 pr. gegebene Rechtsausführung auf einem durchaus anderen thatsäch-

1) Paulus sagt es fast mit ausdrücklichen Worten: nec fidei commissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveniret, si nullum *pignus* intercessisset!

lichen Grunde beruht als das Pfandnachfolgerecht des Offerenten. Die Windscheid'sche Theorie der Fortdauer des Pfandrechts ohne seine Forderung hat hiermit ihre einzige quellenmäßige Stütze eingebüßt.

Ist demnach das Ergebniß, welches aus der Betrachtung der l. 59 pr. zu entnehmen ist, für die Theorie des jus offerendi ein wesentlich negatives, so ist es doch insofern nicht ohne Bedeutung, als es darauf hinführt, die Dernburg'sche Auffassung der persönlichen Seite des durch die Oblation entstehenden Rechtsverhältnisses als die einzig mögliche anzusehen. Die Leistung des Offerenten ist dem abzufindenden Gläubiger gegenüber Zahlung und hat als solche den Erfolg, daß sie die Forderung, welche der ausgekaufte Gläubiger an seinen bisherigen Schuldner hatte, völlig aufhebt. Was Dernburg hierüber in seinem Pfandrecht Band II S. 518 f. ausführt, kann hier nur unterschrieben werden. In und mit dem Untergange der alten Forderung erhebt sich nun eine neue Forderung, die des Offerenten gegen den Schuldner, welcher dem ausgekauften Gläubiger gegenüber frei geworden ist. Dernburg a. a. O. S. 520 ist der Ansicht, daß diese Forderung eine actio pigneratitia contraria, und zwar diejenige ist, welche für den Offerenten aus dem bisherigen eignen Pfandrechte, der Grundlage seiner Oblationsbefugniß, hervorgeht. Unseres Erachtens ist diese Ansicht mit Karsten[1]) zu verwerfen. Die Abfindung der Vorhypothek ist nicht eine Verwendung auf die Pfandsache, sondern eine Verwendung, durch welche sie für den Offerenten juristisch verfügbar gemacht werden soll. Dem Eigenthümer des Pfandobjekts wie dem Schuldner gegenüber läßt sich aus der Leistung des Offerenten nur nach den Grundsätzen der unbeauftragten Geschäftsführung (negotiorum gestio) ein Forde-

1) „Die fingirte Cession" (Rostock 1874) S. 126.

rungsrecht entwickeln. In der Leistung des Offerenten liegt zugleich eine Besorgung fremder Angelegenheiten, die Bezahlung einer fremden Schuld — nur daß diese nicht im alleinigen Interesse des Pfandschuldners vor sich geht. Gerade auf den Offerenten passen die Worte der l. 6 §. 3 D. de neg. gest. (3, 5):

> Sed et si quis negotia mea gesserit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius, quam meum negotium gessisse. . Ipse tamen, si circa meas res aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotium meum accesserit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.

Das Bezahlen fremder Schulden ist freilich, selbst wenn es im eigenen Interesse geschieht, keine Handlung, welche dem bisherigen Schuldner gegenüber als improba bezeichnet werden muß. Nichts destoweniger erhält der Offerent, als welcher lediglich in eignem Vortheil handelt, kein besseres Recht als derjenige, welcher in moralisch verwerflicher Weise sich fremder Angelegenheiten angenommen hat. Der moralische Unterschied, welcher zwischen Beiden besteht, schließt ihre juristische Gleichstellung nicht aus. Der Schuldner ist nun bereichert einmal durch das, was der Offerent an den Abgefundenen gezahlt hat, und sodann durch das Mehr, welches er dem Abgefundenen hätte zahlen müssen, wenn er den Abgefundenen erst in dem Augenblicke befriedigt haben würde, in welchem der Offerent zur Befriedigung gelangt. Daher wird seine Verpflichtung dem Offerenten gegenüber bestimmt durch die Hauptsumme und die Zinsen, welche der Schuldner selbst dem abgefundenen Gläubiger hätte zahlen müssen, wenn die getilgte Forderung von ihm erst an demjenigen Tage bezahlt worden wäre, an welchem der Offerent aus dem Pfande zur Hebung gelangt. Hingegen wird dem letzteren seine Auslage nicht als solche verzinst. Das ist

der unzweifelhafte und nicht bestrittene Inhalt von l. 12 §. 6 D. qui pot. 20. 4:

Sciendum est, secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris, et in usuras suas, et quas primo creditori solvit; sed tamen usurarum, quas primo creditori solvit, usuras non consequetur, non enim negotium alterius gessit, sed magis suum; et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit, et verum est [1]).

Hierdurch konnte der trügerische Schein entstehen, als ob die Forderung des Abgefundenen nicht blos materiell, in der neu entstandenen negotiorum gestorum obligatio, sondern auch formell in derjenigen Gestalt fortdauere, wie sie bei dem Abgefundenen vorhanden war. Wäre dieser Schein Wirklichkeit gewesen, so hätte es niemals streitig werden können, ob dem Offerenten auch Zinsen der verauslagten Zinsen zuzubilligen seien, und es hätte dieser Streit, wenn er doch bestanden hätte, niemals unter Berufung auf das Recht der negotiorum gestio entschieden werden können. Letzteres bildet also die Grundlage, auf welcher das persönliche Recht des Offerenten sich erhebt.

Wie sehr hiermit l. 22 Cod. de pign. 8. 14:

Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus, et a debitore sortem ejusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, accipere potest

übereinstimmt, darauf hat schon Dernburg [2]) aufmerksam gemacht. Außerdem mag hingewiesen werden auf l. 5 pr. D. de distr. pign. 20. 5:

quum secundus creditor oblata priori pecunia in locum

---

1) Was Adamkiewicz gegen die im Texte vertheidigte Auslegung vorbringt — a. a. O. S. 40 — erscheint nicht beweiskräftig, auch wenn man seine Uebersetzung des Wortes magis = rationabilius gelten läßt.

2) a. a. O. S. 523.

ejus successit, venditionem **ob pecuniam solutam** et creditam recte facit.

In welcher Weise ist nun die Gestalt, welche das persönliche Recht des Offerenten dem Schuldner gegenüber angenommen hat, für die Auffassung der dinglichen Seite seines Rechtes entscheidend?

Dernburg faßt das Pfandrecht, welches der Offerent durch die Abfindung seines Vorpfandgläubigers erwirbt, als eine Erweiterung desjenigen Pfandrechts auf, welches Ersterem ohne die Oblation zustand. Er ist zu dieser Ansicht schon dadurch genöthigt, daß er die persönliche Forderung, welche der Offerent gegen den Schuldner hat, auf die actio pignoratitia contraria zurückführt. Wenn freilich die Abfindung des Vormannes als eine zum Besten der Pfand**sache** gemachte Verwendung anzusehen ist, dann ist die Rechtsstellung, welche der Offerent durch die Ausbezahlung des Vorgläubigers gewinnt, nichts anderes als eine Erweiterung des nachstehenden Pfandrechts, welche mit der auf dieses Pfandrecht zu gründenden Klage verfolgt werden muß, demzufolge aber auch den gegen diese Klage gegebenen Einreden unterworfen ist. Wäre z. B. die abgefundene Forderung fällig gewesen, die eigne des Offerenten ist es aber nicht, so würde der letztere, weil seine Pfandklage noch nicht begründet ist, das Pfand seines Vorgläubigers wegen der Abfindungssumme nicht veräußern können, obwohl dieser selbst wegen seiner Forderung, so lange sie bestand, es gekonnt haben würde. **Dernburg** berührt diese Frage nicht, es scheint aber, als wenn er der eben ausgeführten Schlußfolgerung sich nicht würde entziehen können.

Auf andere, an die Erörterung der **Dernburg**'schen Ansicht anzuknüpfende Bedenken einzugehen ist nicht erforderlich, weil der Gesichtspunkt der actio pignoratitia für die Begründung der persönlichen Seite des Rechtsverhältnisses, wie oben

bemerkt, nicht zutrifft. Erfaßt man hingegen die vom Offerenten gegen den Schuldner erworbene Forderung als negotiorum gestorum actio, dann ist die Frage aufzustellen, ob mit letzterer ein neues Pfandrecht begründet werden müsse, oder ob sich nicht vielmehr mit derselben das alte Pfandrecht des Abgefundenen ohne Neuerung verbinden könne? Karsten[1]) ist der Meinung, daß mit dem Wegfall der ausgezahlten Forderung auch das für diese bestellte Pfandrecht schlechthin untergehen müsse. Er verwirft also die Uebertragbarkeit des Pfandrechts von einer Forderung auf die andere, und erhält dem Offerenten den Rang des Abgefundenen nur dadurch, daß er das Nachrücken der späteren Pfandgläubiger ausschließt. Hierin stimmt er mit Dernburg überein.

Die Uebertragung eines Pfandrechts auf eine andere Forderung ist allerdings in sofern ausgeschlossen, als man nicht ein für eine frühere Forderung bestellt gewesenes Pfandrecht nach Untergang der letzteren willkürlich erneuern kann. Indeß liegt doch dann die Sache etwas anders, wenn diejenige Thatsache, welche zur Aufhebung der einen Forderung führt, zugleich den Entstehungsgrund für eine neue Forderung bildet, so daß zwischen der untergegangenen und der neu begründeten Forderung kein zeitlicher Zwischenraum gedacht werden kann. Auch in diesem Falle ist freilich die Uebertragbarkeit des Pfandes nur vermöge positiven Rechtssatzes zu begründen. Aber man kann solchen Rechtssatz nicht schon um deßwillen in Abrede stellen, weil er sich nicht mit ausdrücklichen Worten in unseren Quellen wiedergegeben findet. Man wird ihn gelten lassen müssen, wenn die Nothwendigkeit seiner Annahme anderweitig sich nachweisen läßt, und man kann ihm insbsondere nicht mit allgemein gehaltenen Schlußfolgerungen begegnen, welche man aus dem Wesen

---

1) In der S. 352 Anm. angeführten Schrift S. 122.

des Pfandrechtes als eines accessorischen Rechtes herleiten will. Karsten a. a. O. hat gegen die Uebertragbarkeit eines Pfandrechtes von einer Forderung auf die andere ohne spezielle Begründung Widerspruch erhoben. Es fragt sich zunächst, ob die Theorie, welche er selber bietet, haltbar ist. Er giebt dem Offerenten einen Anspruch auf den Rang des untergegangenen Pfandrechts. Der Rang eines Pfandrechts ist nichts, was an sich Selbständigkeit hat, sondern er ist eine Eigenschaft, welche mit dem Pfandrecht steht und fällt, dem sie anhaftet. Es scheint bedenklich, den Rang eines untergegangenen Pfandrechtes gewissermaßen als ein Vakuum aufzufassen, in welches das für den Offerenten erworbene gesetzliche Pfandrecht einrücken kann. Ist Dernburg's Ansicht richtig, ist das neue Pfandrecht eine Erweiterung des alten, und ist außerdem der Nachgläubiger der Nächstberechtigte, dann freilich hat es keine Schwierigkeit, das erweiterte Pfandrecht dem später folgenden vorgehen zu lassen. Ist der Offerent aber nicht der Nächstberechtigte, sondern bestehen zwischen ihm und dem Abgefundenen noch andere Pfandrechte, dann befindet sich Dernburg in derselben Lage wie Karsten: er muß ein Vakuum annehmen, welches von dem neu entstandenen Pfandrechte ausgefüllt werden kann.

Dernburg glaubt das Wesen jeder hypothekarischen Succession deswegen in die Begründung eines neuen Pfandrechts setzen zu müssen, weil, wenn die hypothekarische Succession die Fortdauer des alten Pfandes gestatte, zum Eintritte derselben nicht nöthig sein würde

> „daß alle Voraussetzungen ursprünglicher Bestellung eines Pfandrechtes vorhanden seien. Es würde vielmehr genügen, wenn nur das alte Pfandrecht, welches sich der succedirende Pfandgläubiger vorbehalten wollte, bis zum Augenblicke des Abschlusses des Successionsgeschäftes fortbestand [1]."

1) a. a. O. S. 499. Vgl. auch Adamkiewicz a. a. O. S. 15 f.

Dernburg beruft sich namentlich auf l. 2 D. de pignor. act. 13. 7:

Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit, tuque ei nummos credidisti, quos ille solveret creditori, cui pignus dederat, tibique cum eo convenit, ut ea res, quam jam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia alienam rem pignori acceperis: ea enim ratione emtorem pignus liberatum habere coepisse, neque ad rem pertinere, quod tua pecunia pignus sit liberatum.

Indeß diese Stelle enthält nichts, was die von Dernburg gezogene Schlußfolgerung rechtfertigt.

Die hypothekarische Succession ist allerdings, in sofern der Schuldner mitwirkt, an die Form der Pfandbestellung gebunden. Ein „Successionsgeschäft", welches nicht zugleich die Merkmale einer gültigen Pfandbestellung in sich trüge, ist nicht denkbar. Aber der Grund hierfür ist nicht nothwendig der, daß durch die Pfandnachfolge ein neues Pfandrecht erworben werden muß. Daß die hypothekarische Succession in der Form der Neuverpfändung sich vollziehen muß, ist vielmehr schon ausreichend dadurch erklärt, daß das Pfandrecht ein jus in re aliena ist. Vermöge seiner letzteren Eigenschaft hat es seine Grundlage auf dem Eigenthum dessen, der das Pfandrecht bestellt; ein vom Nichteigenthümer bestelltes Pfandrecht ist als solches unwirksam, und eine durch Tilgung einer Schuld freigewordene Pfandstelle fällt nicht etwa dem Schuldner, sondern dem Eigenthümer

---

Mit der im Text gegebenen Widerlegung übereinstimmend äußert sich Windscheid Pand. §. 233[b] Note 16: „es ist ein sich von selbst aufdrängender Gedanke, daß über ein vakant werdendes Pfandrecht auch nur der Eigenthümer disponiren dürfe." Gegen ihn hat jetzt Schott a. a. O. S. 57 sich erklärt, „weil bei einer wahren Succession das Pfandrecht eben gar nicht vakant würde." Dieser Grund trifft die gegenwärtige Auslegung der Stelle nicht.

beziehungsweise den nachrückenden Pfandgläubigern zu. Hat nun das Gesetz Ausnahmsfälle anerkannt, in denen trotz der Tilgung der Pfandschuld die für dieselbe verhaftet gewesene Pfandstelle nicht zu Gunsten der nachrückenden Pfandgläubiger erledigt wird, sondern zu Gunsten desjenigen Dritten, mit dessen Geld die Pfandschuld getilgt wird, so ist hiermit noch nicht entschieden, daß auch das eventuelle Recht des Eigenthümers der Pfandsache beseitigt sei. Der Eigenthümer steht in dieser Beziehung nicht ohne weiteres dem schlechtesten Pfandgläubiger darin gleich, daß er das Einrücken eines Dritten in eine frei gewordene Pfandstelle sich ohne sein Zuthun gefallen lassen muß.

Will nun Jemand, welcher Geld zur Bezahlung einer Pfandschuld darleiht, das für die zu tilgende Schuld bestellte Pfand für sich erwerben, so muß er nicht nur relativ, in der Reihe der Pfandgläubiger, einen bestimmten Rang, nämlich den des zu tilgenden Forderungsrechtes, sich sichern, sondern auch absolut, dem Eigenthümer der Pfandsache gegenüber, ein Recht erwerben, mit dem er, wie die Pfandrechte, mit denen er konkurrirt, das Eigenthum zu überwinden vermag. Das Successionsgeschäft muß also dingliche Wirksamkeit haben. Diese kann es nur dann haben, wenn bei seinem Abschlusse alle Erfordernisse einer gültigen Pfandbestellung vorliegen. Aber wenn sonach feststeht, daß das Successionsgeschäft, um dem Eigenthümer gegenüber wirksam zu sein, die Merkmale eines neubegründenden Verpfändungsaktes an sich tragen muß, so ist hiermit noch nicht entschieden, daß den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber das Ergebniß dieses Verpfändungsaktes in der Gestalt eines neuen Pfandrechtes erscheinen muß. Vielmehr ist es durchaus denkbar, daß ihnen gegenüber die Uebertragung des alten Pfandrechtes auf eine neue Forderung als das Wesen des Successionsgeschäftes hervortritt. Auch die l. 2 cit., von deren Betrachtung wir ausgingen, beweist nur,

daß die Erfordernisse einer Neuverpfändung für die Succession unentbehrlich sind; sie beweist aber nicht, daß das Ergebniß des Successionsgeschäftes lediglich nach diesen Erfordernissen beurtheilt werden muß. Sie ist demnach nicht geeignet, die oberwähnte Schlußfolgerung Dernburg's zu unterstützen.

Eben so wenig scheint uns aus dem in unseren Quellen häufig wiederkehrenden Ausdrucke, daß der Offerent durch die Abfindung des Vorgläubigers zu einer Festigung (confirmatio) seines eignen Pfandes gelange, die Nothwendigkeit zu folgen, daß diese Festigung nur durch die Bestellung eines neuen Pfandrechts bewirkt werde. Dernburg freilich faßt das neue Pfandrecht geradezu als eine Verstärkung desjenigen Pfandrechts auf, welches der Offerent vor der Abfindung des Vorgläubigers hatte. Aber dies hängt mit seiner Ansicht von der persönlichen Grundlage dieser Pfandverstärkung zusammen, als welche ihm aus der actio pignoratitia contraria entspringt. Gibt man diese Ansicht auf, sieht man die persönliche Forderung, an welche das durch Oblation neu erworbene Pfandrecht sich anlehnt, als unabhängig von der durch das eigene Pfandrecht des Offerenten gesicherten Forderung an: dann bleibt kein zwingender Grund übrig, den als die „confirmatio pignoris" bezeichneten Endzweck der Oblation anders als im ökonomischen Sinne aufzufassen; man ist also nicht genöthigt, durch diese Auffassung des Zweckes über das juristisch-technische Mittel, durch welches jener erreicht werden soll, etwas zu entscheiden. Wenn man alle Stellen[1]), in denen von einer confirmatio pignoris gesprochen wird, nach einander durchgeht, so wird man zugeben müssen, daß der Hinweis auf jenen ökonomischen Zweck der Oblation nicht nothwendig etwas anderes beabsichtigt, als die Grenze der Oblationsbefugniß anzudeuten, welche letztere

1) l. 6 D. de distr. pign. l. 12 §. 12 D. de capt. 49. 15. l. 22 C. de pign. 8. 14. l. 1. l. 5 C. qui pot. 8. 18.

nicht jedem beliebigen schlechter gestellten Gläubiger, sondern nur dem Pfandgläubiger eingeräumt ist. Will man für die juristische Erfassung des Oblationsrechtes aus dem Ausdrucke „confirmare pignus“ ein Mehreres ableiten, so sieht man sich wieder an die Dernburg'sche Ansicht gewiesen, muß aber alsdann mit Dernburg's Auffassung der dinglichen Seite des Rechtsverhältnisses auch die persönliche Seite desselben in den Kauf nehmen.

Ist also die Meinung Dernburg's, daß das durch Oblation zu erwerbende Pfandrecht als ein neues aufgefaßt werden müsse, aus den Quellen nicht zu erweisen, so fragt sich weiter, wie denn die Quellen das Recht des Pfandnachfolgers thatsächlich auffassen? Es mangelt nicht an Zeugnissen dafür, daß das Wesen der hypothekarischen Succession im allgemeinen und insbesondere das Wesen der Pfandnachfolge des Offerenten in der Verbindung des alten Pfandrechtes mit einer neuen Forderung zu suchen, daß also eine Uebertragung des Pfandrechtes von einer Forderung auf die andere anerkannt worden ist.

Am wenigsten bestritten ist dies bei der freiwilligen Novation, vgl. l. 11 §. 1 D. de pign. act. 13. 7:

novata debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit ut pignus repetatur [1]).

Salpius faßt diesen Vorgang ganz richtig als eine Erneuerung des alten Pfandrechtes auf. Freilich geht er noch weiter; er findet in l. 9 §. 3 D. eod. (13. 7) das Prinzip für den Untergang des Pfandes dahin festgestellt [2]):

quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum.

Aber man braucht ihm hierin nicht zu folgen, und kann

1) Salpius, Novation und Delegation S. 209. Windscheid Pand. §. 233 b No. 1. Adamkiewicz a. a. O. S. 33 ff.

2) S. 210 a. a. O.

dennoch bei der Annahme stehen bleiben, daß bei der Novation, wenn überhaupt die Priorität der Pfandsicherheit unverändert blieb, das alte Pfandrecht es war, welches an die neue Forderung sich anschloß.

Eine wesentliche Unterstützung findet diese Annahme durch den Hinblick auf die sogenannte novatio necessaria, auf die Veränderung, welche mit einem im Streite befangenen Forderungsrechte in Folge der Litiskontestation eintrat. Hier ist die unveränderte Aufrechterhaltung des Pfandrechtes wohl nicht bezweifelt worden [1]). Man hat zwar die „novatio judicii accepti" nicht als eine Novation im eigentlichen Sinne gelten lassen wollen [2]). Aber so lange die Thatsache anerkannt werden muß, daß die Römer der Bezeichnung der Litiskontestation als einer novatio necessaria nicht durchaus sich enthalten haben [3]), so lange hat derjenige die Vermuthung für sich, welcher in der durch die Litiskontestation herbeigeführten Rechtsveränderung die Grundgedanken der Novation wiederfindet. Allerdings ist der Novationscharakter der Litiskontestation auch von solchen, welche ihn grundsätzlich anerkannten, dadurch verwischt worden, daß man nicht die völlige Aufhebung der civilen Obligation als Folge der prozessualischen Konsumtion ansah, sondern daß man neben der Prozeßobligation die ursprüngliche Forderung als obligatio naturalis fortbestehen ließ, und an letztere dann die Fortdauer des Pfandrechts anknüpfte. Daß es indeß eine solche naturalis obligatio nicht gibt, erhellt, wenn man die Grundlage jener Auffassung, l. 60 pr. D. de cond. ind. 12. 6, in der vom Verfasser [4]) vorgeschlagenen Weise aus-

---

1) l. 29 D. de nov. 46. 2. l. 11 pr. D. de pign. 13. 7. l. 13 §. 4 D. de pign. et hyp. 20. 1.

2) Windscheid Pand. §. 356 u. Anm.

3) Keller, Litiskontestation und Urtheil S. 92 ff.

4) Im Archiv Band 58 S. 360 ff.

legt und so den Widerspruch dieser Stelle mit l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6 auflöst[1]). Sieht man demnach von der „obligatio naturalis post litem contestatam“ ab, so kann die Fortdauer des Pfandes einer in litem deduzirten Forderung nur dadurch erklärt werden, daß man das Pfand auf die post litem contestatam neu begründete Forderung überträgt[2]).

Ein ferneres Zeugniß dafür, daß die Römer die Uebertragbarkeit des Pfandrechts von einer Forderung auf die andere anerkannt haben, ergibt sich daraus, daß der Rechtserwerb, welcher bei der Oblation wie bei verwandten Pfandabfindungsgeschäften stattfand, ausdrücklich als Succession bezeichnet wird. Loco succedere, in locum succedere in locum substitui, locum subire[3]), in pignus succedere in jus succedere[4]). Das sind die Redewendungen, deren die Römer sich hier bedienen. Selbst der Ausdruck „transferre pignus“ findet sich[5]) und ähnlich wird (in l. 3 D. quae res pign. 20. 3) „transire“ vom jus pignoris gesagt.

Alle diese Ausdrücke weisen mit Bestimmtheit darauf hin, daß der Gegenstand der Succession ein Mehr als der Rang des untergegangenen Pfandrechts ist. Der Rang für sich allein betrachtet ist kein Vermögensrecht selbständiger Art, in welches man succediren kann[6]), sondern ein Vorrecht, welches einem anderen Pfandrechte als Accessorium anhaften muß. Ist das Recht, welchem es beigegeben ist, ein neues, dann ist auch das Vorrecht ein neues, wenngleich es auf ein ehemaliges Rechts-

1) Schott a. a. O. S. 41 ff. nimmt noch eine Antinomie zwischen beiden Stellen an.

2) Eine mittelbare Stütze erhält das Vorgetragene auch durch dasjenige, was S. 350 oben bei Betrachtung der l. 59 pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1 bemerkt worden ist.

3) l. 12 §. 8 D. qui pot. 20. 4.

4) Dernburg a. a. O. S. 490.

5) l. 2 D. de distr. pign. 20. 5, vgl. auch l. 38 D. de leg. III (32).

6) Schott a. a. O. S. 28.

verhältniß zurückgreift; denn das, worin das Wesen dieses Vorrechts besteht, das Zurückgreifen auf den Rang eines älteren Pfandrechts, kann erst mit und an dem neuen Pfandrechte zur Erscheinung kommen. Man kann den Gedanken, daß die Pfandnachfolge eine Succession in den Pfandrang sei, auch nicht dadurch unterstützen, daß man den Ausdruck „succedere" in einem weniger strengen, uneigentlichen Sinne versteht, wie derselbe in der Rechtsparömie „pretium succedit in locum rei" zur Anwendung kommt. Der Pfandgläubiger ist es, welcher succedirt; dies kann er nur dann, wenn als Gegenstand der Succession ein Recht betrachtet wird, welches in der Gestalt, wie es dem Nachfolger zugefallen ist, einem Vorgänger zugestanden hat.

Daß aber das Succediren in ein anderes Pfandrecht in der eigentlichen Bedeutung des Wortes genommen werden muß, das ergibt sich noch mehr aus einer Betrachtung der merkwürdigen Redewendung „in suum locum succedere", welche in den nachstehenden zwei Stellen von Papinian gebraucht wird:

l. pr. 3 D. qui pot. 20. 4 (Pap. l. 11 Resp.):

Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit: superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.

l. 12 §. 5 D. eod. (Marcian. l. sing. ad form. hyp.).

Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere; sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat[1]).

---

1) Windscheid Pand. §. 233ᵇ Note 1. — In einem ganz anderen

Wäre das „in suum locum succedere" in diesen Stellen wörtlich zu verstehen, so würde es etwas unmögliches bezeichnen. Ein Rechtssubjekt kann nicht sich selber succediren. Gibt es ein Recht auf, um ein gleichwerthiges dafür einzutauschen, so kann dies dem betheiligten Kontrahenten gegenüber in der Form eines beliebigen geeigneten Rechtsgeschäftes geschehen, es kann aber hierdurch niemals ein Rechtsverhältniß des Eintauschenden gegen sich selber begründet werden.

Hat demnach Papinian den Ausdruck „in suum locum succedere" in einer abgeleiteten, gleichnißartigen (tanquam) Bedeutung verwendet, so ist hieraus zu schließen:

1) daß er diesen Gebrauch des Wortes succedere von einer anderen Anwendung desselben entlehnt hat, in welcher dieses in seiner eigentlichen Bedeutung genommen worden ist. Dies kann nur der Gebrauch des Wortes succedere sein, welcher sich in den Rechtsausdrücken „in jus, in locum alterius succedere" wiederfindet und auf die Nachfolge in fremde Pfandstellen sich bezieht.

2) daß er mit der abgeleiteten, uneigentlichen Anwendung des Wortes „succedere" eine besondere Absicht verbunden hat, deren Ermittelung für die Auffassung des Wortes „succedere" auch wenn es um seine eigentliche Bedeutung sich handelt, also in Wendungen wie „in jus, in locum alterius succedere" von Bedeutung sein kann.

Dem Ausdrucke „in suum locum succedere" liegt die Unterstellung zum Grunde, daß dasjenige, wohinein succedirt werden soll, dem Rechtsnachfolger, welcher es durch die Succession erst erwerben will, etwas Fremdes gewesen, oder aber

---

Sinn heißt es von dem in mehreren Erbklassen des successorium edictum berufenen Erben, welcher in einer vorhergehenden Klasse ausgeschlossen, in einer nachfolgenden berufen ist, „ipsum sibi succedere". l. 1 §. 11 D. de succ. ed. 38. 9.

wenigstens im Augenblicke der Succession nicht zuständig gewesen ist. Diese Unterstellung läßt sich nur so versinnlichen, daß man annimmt, bei der freiwilligen Novation gehe das Pfandrecht der zerstörten Forderung mit dieser unter, denn in einem anderen Sinne kann sowohl Pfandrecht wie Pfandrang für den bisherigen Gläubiger etwas Fremdes nicht geworden sein. Hält man hieran fest, so scheint wiederum dem Gedanken an eine, wenn auch nur im uneigentlichen Sinne aufzufassende Succession jede Berechtigung entzogen, da man doch nicht in etwas succediren kann, was nicht mehr vorhanden ist. Diesem Widerspruche kann man nur dann entgehen, wenn man annimmt, es sei dem Papinian nicht so sehr auf die Thatsache angekommen, daß das alte Pfandrecht unterging (und an dessen Stelle ein neues mit der neuen Forderung verbunden wurde), sondern vorzugsweise darauf, daß das bisherige Pfandrecht auf die neue Forderung gerade so übertragen werde, wie wenn die Forderung, zu welcher es fernerhin gehören soll, bisher als Recht eines Anderen bestanden hätte und beim Uebergange auf den jetzigen Gläubiger das Pfandrecht nach sich zöge. Hätte es lediglich um die Aufrechterhaltung des Ranges, welchen das untergegangene Pfandrecht inne hatte, in der Gestalt eines privilegirten neuen Pfandrechtes sich gehandelt, so wäre die Erläuterung der Worte „superioris temporis ordinem manere“ in l. 3 pr. cit. durch den Zusatz „tanquam in suum locum succedenti“ eben so überflüssig als unverständlich. Hat die vergleichsweise Herbeiziehung des Successionsbegriffes einen Sinn, so kann dieser nur darin gefunden werden, daß Papinian mit der festbegründeten römischen Anschauung, das Pfandrecht könne die Forderung, für welche es bestellt worden, nie und nimmer überdauern, hat brechen wollen, daß er aber seinen Sprachgebrauch nicht völlig aus den Fesseln jener Anschauung loszulösen vermochte. Er wollte weder das Pfandrecht der durch Schuld-

umwandlung getilgten Forderung gänzlich untergehen lassen, noch dessen selbständigen Uebergang auf die neubegründete Forderung offen anerkennen. Daher unterstellte er mit einer leichten Wendung des Gedankenganges die Annahme: das Pfandrecht stehe dem Berechtigten als neuem Gläubiger nicht mehr zu, er müsse es durch Bestätigung (repetitio) der alten Pfänder wieder erwerben — freilich (und hierin zeigt sich der Uebergang zu der neuen Anschauung) wieder erwerben ganz wie es ihm vor der Novation zustand.

Unsere Schlußfolgerung ist nun folgende. War gerade die Anfügung des alten Pfandrechtes an eine neue Forderung der Rechtsvorgang, für dessen Bezeichnung Papinian sich der Redewendung „in suum locum succedere" bediente; ist ferner dieser Ausdruck hergenommen von dem Rechtsbegriffe der „successio in locum alterius"; so muß das Eigenthümliche auch dieses Rechtsbegriffes darin bestanden haben, daß ein altes Pfandrecht an eine neu begründete Forderung sich anschloß. Das ist das Gemeinsame, welches die Rechtsvorgänge des „in suum locum succedere" und des „in alterius locum succedere" mit einander verbindet und die gedankenmäßige wie sprachliche Ableitung des ersteren von dem letzteren ermöglicht.

Ein ferneres, speziell das jus offerendi betreffendes Beweismittel läßt sich der bekannten l. 16 D. qui potior. 20. 4 entnehmen, einer Stelle, die, wenigstens in so weit sie hier in Betracht kommt, von den sonstigen an sie geknüpften Streitfragen nicht berührt wird [1]).

Sie lautet:

Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii cre-

---

1) Die Möglichkeit eines circulus inextri cabilis (Windscheid Pand. Band I §. 247, Dernburg a. a. O. Band II S. 464 ff.) geben wir mit der herrschenden Ansicht zu.

ditori; quum Eutychiana de jure suo doceret, superata apud judicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium judicem victus appellaverat; quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit; fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere; mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone, primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quomodo a tertio superatam; numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatae uti potest, aut contra, si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poteris uti exceptione rei judicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit, nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praejudicio prioris sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur.

Paulus, aus dessen Quaestionen (Buch 3) diese Stelle entnommen ist, verwirft die Pfandnachfolge des Tertius, welcher über die Prima obgesiegt hatte, in die Rangstellung der Letzteren. Um nun seine Meinung zu rechtfertigen, weiset er darauf hin, man könne doch unmöglich dem Tertius, wenn er von dem zweiten Gläubiger belangt werde, auf Grund von dessen Geständniß, er sei nur zweiter Gläubiger, die exceptio rei judicatae aus dem gegen die Prima erstrittenen Urtheile geben. Hieraus kann man nur folgern, daß Paulus die Annahme

der Pfandnachfolge und die Gewährung der exceptio rei judicatae als mit einander zusammenhängende Dinge ansieht, deren eines nicht ohne das andere sein könne. Wie aber ist das zu erklären? Nur auf folgende Weise, wie es scheint.

Man muß von der Voraussetzung ausgehen, daß durch die hypothekarische Succession ein wirklicher Uebergang des Pfandrechts von einer Forderung auf die andere bewirkt wurde. Trat diese Wirkung zu Gunsten des Tertius in Betreff desjenigen Pfandrechts ein, mit welchen die Prima ihm gegenüber unterlegen war, so konnte er das wider letztere erstrittene Urtheil dem zweiten Gläubiger gegenüber geltend machen, wenn dieser nur einräumte, daß er zweiter Gläubiger sei, d. h. die Prima vor sich habe. Das Geständniß des zweiten Gläubigers bezog sich auf das Pfandrecht der Prima schlechthin, verlieh also letzterem einen Vorzug, welcher auch dem Rechtsnachfolger zu Gute kam, gleichviel ob das Rangverhältniß der Prima zu dem zweiten Gläubiger schon zu der Zeit feststand, zu welcher für Tertius und wider sie entschieden wurde, oder ob seine Feststellung erst später, z. B. erst durch das Geständniß selbst, erfolgte. Würde andrerseits angenommen, die hypothekarische Succession habe dem Tertius ein neues Pfandrecht gegeben, welches nur in den Rang des Pfandrechts der Prima eingerückt sei, so würde nicht abzusehen sein, wie Tertius auf dieses neu erworbene Pfandrecht eine exceptio rei judicatae gegen den zweiten Gläubiger gründen kann. Unterlage dieser Einrede könnte nur das Pfandrecht der Prima als solches sein, denn gegen diese hat der jetzige Beklagte ein obsiegliches Urtheil erstritten, und dem Pfandrechte dieser hat der jetzige Kläger als zweiter Gläubiger sich nachgesetzt. Aber wenn angenommen werden muß, daß das Pfandrecht der Prima durch die hypothekarische Succession beseitigt und in soweit für den Tertius durch ein neues wenn auch gleichwerthiges ersetzt worden ist, so läßt sich nicht mehr sagen:

dieses Pfandrecht sei in judicium deduzirt, auf Grund dieses Pfandrechts stehe dem Tertius eine exceptio rei judicatae zu. Ist auch das neue Pfandrecht als eine mittelbare Folge des Urtheils aufzufassen, so ist es doch nicht ein Etwas, über welches in dem Urtheile selbst entschieden sein könnte; denn es würde erst in dem Augenblicke, wo die Entscheidung rechtskräftig geworden, zur Thatsache geworden sein. Es konnte also Niemandem in den Sinn kommen, die exceptio rei judicatae als eine nothwendige Folge der hypothekarischen Succession anzusehen, vielmehr ergab sich schon aus dem Wesen der letzteren, daß dem Tertius auf diesen Grund hin eine exceptio rei judicatae nicht zustehen könne. War dies richtig, so hatte Paulus keinen Grund, der Annahme einer hypothekarischen Succession aus dem Gesichtspunkte entgegenzutreten, daß dem Tertius die exceptio rei judicatae versagt bleiben mußte. Erachtete er es dennoch für nöthig, die Annahme einer hypothekarischen Succession zu widerlegen, so wird hiermit bewiesen, daß die hypothekarische Succession einen Inhalt gehabt haben muß, welcher mit Rücksicht auf nicht zweifelhafte Grundsätze der res judicata zu einer Widerlegung herausforderte. Einen solchen Inhalt hat sie nur dann, wenn angenommen wird, daß die hypothekarische Succession den Uebergang des Pfandrechts von einer Forderung auf die andere nach sich zog.

Man kann der Polemik des Paulus nicht dadurch eine dieser Schlußfolgerung ausweichende Grundlage unterschieben, daß man ihm die Ansicht zuschreibt: es sei zwischen der Prima und dem Tertius nur gestritten worden über den Rang ihrer Pfandrechte. Da nun die Pfandnachfolge nichts andres sei als der Eintritt in den Rang eines Vormannes, so mache Tertius als Pfandnachfolger dem zweiten Gläubiger gegenüber den von ihm erstrittenen Rang der ersten Gläubigerin geltend, obwohl dieser Rang nur letzterer gegenüber festgestellt sei. Dieser

Entwickelung des Gedankenganges steht zunächst entgegen, daß der Rang eines Pfandrechtes als etwas Unselbständiges nicht anders als mit dem Pfandrechte, dem es anhaftet, in judicium deduzirt werden kann. Wollte man aber das Gegentheil annehmen, so würde noch unerklärt bleiben, wie aus einem Urtheile, welches sich über den Rang eines Pfandrechts verhält, eine Pfandnachfolge hergeleitet werden könne. Das Urtheil, das nicht materielles Recht schafft, würde den Fortbestand desjenigen Pfandrechts zur Voraussetzung haben, welches einem anderen als das schwächere nachgesetzt wird. Die Pfandnachfolge hingegen würde voraussetzen, daß das Pfandrecht, dessen Rang der Tertius erworben haben soll, untergegangen sei. Die von Paulus bekämpften Juristen hätten sich also zunächst über die intensive Wirkung des Urtheils hinwegsetzen müssen, um zur Pfandnachfolge und somit zu einem Widerspruche gegen die extensive Wirkung des Urtheils zu gelangen. Es ist nicht anzunehmen, daß Paulus ihnen alsdann nur den letzteren entgegen gehalten haben würde.

Der wirkliche Gedankengang des Paulus ist augenscheinlich ein anderer. Die von ihm bekämpfte Meinung hat die Pfandnachfolge des Tertius auf Grund des von diesem erstrittenen Urtheils deßwegen anerkannt, weil bei schließlicher Vertheilung der Kaufgelder Tertius thatsächlich in die Stellung der Prima einrückt. Sie hat aber übersehen, daß der Grund dieser Erscheinung nicht nothwendig zur Annahme der Pfandnachfolge führt, daß Urtheil und Pfandnachfolge, wenngleich sie in einer Beziehung gleichartig wirken, darum noch nicht in allen Beziehungen gleichartige Rechtstitel sind, deren einer für den andern gesetzt werden kann. Das Urtheil schafft nur zwischen den Parteien Recht — die Pfandnachfolge wirkt auch gegen Dritte. Daher würde es eine Verkennung der extensiven Kraft des Urtheils bedeuten, wenn man als dessen Ergebniß die Pfandnach-

folge betrachten wollte. Die Unvereinbarkeit beider Rechtstitel, der Pfandnachfolge und der res judicata, kommt aber nur dann zur Erscheinung, wenn angenommen wird, daß beide gegen das nämliche Objekt sich richten. Ist dies bei dem Urtheil unzweifelhaft das alte Pfandrecht, welches für schwächer erklärt ist, als das obsiegende, so muß eventuell auch als Gegenstand des Rechtserwerbes, welcher durch die hypothekarische Succession vermittelt wird, das alte Pfandrecht des ausgeschiedenen persönlichen Gläubigers angesehen werden.

Hieraus folgt die Nothwendigkeit, die hypothekarische Succession im allgemeinen und insbesondere diejenige des Offerenten als Uebergang des Pfandrechts von einer Forderung zur anderen aufzufassen. Für diese Ansicht spricht also mehr als ein gewichtiger Grund, mehr als ein gewichtiges Quellenzeugniß. Man kann gegen dieselbe nicht einwenden, daß das Pfandrecht ein accessorisches Recht sei. Denn um diese — allerdings auch von uns nicht zu bestreitende — Thatsache gegen die vorstehende Ausführung zu verwerthen, muß man darthun, daß das Pfandrecht seinem Wesen nach diejenige Forderung nicht überdauern könne, für welche es ursprünglich bestellt worden ist. Es war dies, wie oben [1]) zugegeben, die Auffassung des alten römischen Pfandrechts. Aber diese Auffassung gehört der Geschichte an [2]), denn schon die klassischen römischen Juristen haben mehr oder weniger offen mit derselben gebrochen. In der That führt die Entwickelung der accessorischen Natur des Pfandrechts auf dem Wege gedankenmäßiger Schlußfolgerung nicht nothwendig zu jener geschichtlichen Gestalt des römischen Pfandrechts. Die accessorische Natur des Pfand-

---

1) Seite 366. Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes (1873) S. 190.

2) Sie hing vielleicht mit der Entwickelung des Pfandrechts aus der alten Fiduzia zusammen, über welche bei Dernburg Pfandrecht Band I S. 7 ff. Ausführliches zu finden ist.

rechts liegt darin, daß es ein Sicherungsrecht, daß es nicht Selbstzweck ist. Sie bleibt gewahrt, so lange nur irgend ein juristisch bestimmbarer Zweck vorhanden ist, für dessen Sicherung es dienstbar werden kann — womit freilich nicht gesagt ist, daß überall dann, wenn hiernach ein Pfandrecht fortbestehen könnte, nach den Grundsätzen des positiven Rechts es fortbestehen müsse. Wird die accessorische Natur des Pfandrechts in vorstehender Weise formulirt, so widerspricht sie dem Fortbestehen eines Pfandrechts ohne Forderung, sie widerspricht aber nicht dem Uebergange des Pfandrechts von einer Forderung auf die andere, vorausgesetzt, daß mit der Abtrennung von der einen Forderung zugleich der Anschluß an die andere gegeben ist.

Der Unterschied zwischen dieser Auffassung der accessorischen Natur des Pfandrechtes und derjenigen, welche Schott[1]) in seiner mehrfach angeführten Abhandlung vorgetragen hat, besteht vornehmlich darin, daß die erstere für das zu sichernde Gut das Erforderniß der juristischen Bestimmbarkeit, also der Rechtseigenschaft, festhält. An dem „obligatorischen Zwecke" Schott's, dessen „sekundäres Zweckmittel" das Pfandrecht sein soll, ist das Merkmal der juristischen Abgrenzung zu vermissen, ohne dessen Vorhandensein jener Zweckbegriff zu einer rein wirthschaftlichen Frage zu werden droht.

Bei den einzelnen Geschäften nun, welche unter dem Namen der hypothekarischen Succession zusammengefaßt werden, gestaltet sich der Uebergang des Pfandrechts von einer Forderung auf die andere nicht in durchaus gleicher Weise. Insbesondere vollzieht sich bei der Pfandnachfolge des Offerenten jene Rechtsveränderung folgendermaßen. Der nachstehende Pfandgläubiger[2]) befriedigt kraft des ihm gegebenen Rechts den Vor-

1) S. namentlich oben S. 335 Note 2.

2) Die bekannte Streitfrage, ob auch der Vorgläubiger dem Nachgläu-

gläubiger durch Zahlung und tilgt so dessen Forderung. Hiermit erwirbt er einen Anspruch gegen den Schuldner — nicht gegen den Pfandeigenthümer als solchen, wenn er von dem persönlich haftenden Schuldner verschieden ist — aus unbeauftragter Geschäftsführung. Gegenstand des Anspruches ist die Rückerstattung des Geleisteten, in sofern durch die Leistung des Offerenten eine Vermögensbereicherung für den Schuldner herbeigeführt ist. Mit diesem Anspruche verbindet sich als Sicherung das Pfandrecht der durch die Zahlung getilgten Forderung des Vorgläubigers. So gewinnt der Abfindende ein Recht, in welchem Altes und Neues zu einem neuen, einheitlichen Rechtsverhältnisse verschmolzen ist.

1) Die persönliche Forderung, zu deren Sicherung das von dem Offerenten erworbene Pfandrecht dient, ist nicht diejenige, welche der abgefundene Gläubiger hatte. Scheinbar gleicht erstere der letzteren nicht bloß in Betreff der Kapitalsumme, sondern auch in Betreff des Zinsenpunkts. Aber der Grund dieser Gleichstellung ist nicht der, daß der Offerent in das persönliche Recht des Abgefundenen eintritt, sondern der, daß er im eignen Interesse, nicht aber zum alleinigen Vortheil des Schuldners, aus seinem Vermögen für letzteren Aufwendungen gemacht hat. Die Forderung des Offerenten ist auch den Einreden unterworfen, denen die Forderung des abgefundenen Gläubigers unterworfen gewesen sein würde. Aber daß der Schuldner diese Einreden dem Offerenten gegenüber vorbringen kann, beruht nicht auf einer Nachfolge des letzteren in das persönliche Recht des Vorgläubigers, sondern in seiner Stellung zum Schuldner als negotiorum gestor des Letzteren. Aus demselben Gesichtspunkte erklärt es sich, wenn der Offerent vom Schuldner nicht mehr verlangen kann, als den Betrag,

---

biger offeriren könne, bleibt hier unberührt. Es genügt, daß die regelmäßige Form der Oblation in's Auge gefaßt wird.

durch welchen er den Vorgläubiger befriedigt hat — nicht etwa den Nennwerth der getilgten Forderung. Der Anspruch, welchen der Offerent durch die Zahlung gegen den Schuldner erwirbt, muß nicht nothwendig ein klagloser sein. In vielen Fällen würde zwar der Offerent vergebens an die persönliche Leistungsfähigkeit des Schuldners sich wenden, der nicht im Stande war, das Pfandrecht des Vorgläubigers rechtzeitig abzulösen; aber es liegt kein Grund vor, deshalb dem Offerenten die persönliche Klage grundsätzlich abzuschneiden. In dieser Beziehung stimmt die vorgetragene Theorie mit derjenigen Dernburg's überein und tritt sie mit letzterer gemeinschaftlich in einen praktischen Gegensatz zu der Windscheid'schen Ansicht. Nach letzterer hat der Offerent keine persönliche Klage. Die abgefundene Forderung, welche in der Pfandmacht aufgegangen, in allen anderen Beziehungen aber gänzlich abgestorben ist, verliert auch den letzten Rest ihrer einstmaligen Wirksamkeit, wenn die Pfandmacht nicht mehr ausgeübt werden kann, z. B. weil die Pfandsache untergegangen ist, oder weil der Offerent bei der rechtmäßig erfolgten Vertheilung der Kaufgelder ausgefallen ist. Windscheid[1]) scheint diese praktische Differenz übersehen zu haben. Ihr Vorhandensein ist zugleich ein nicht bedeutungsloser Einwand gegen die Richtigkeit seiner ganzen Theorie.

2) Das dingliche Recht des Offerenten besteht in demjenigen Pfandrechte, welches er kraft Privilegs durch die Oblation trotz des Unterganges der Forderung, mit welcher es bisher verknüpft gewesen, an sich zu ziehen befugt ist.

a) Der Offerent muß nicht nothwendig in das gesammte Pfandrecht eintreten, dessen der Abgefundene zur Befriedigung seiner Forderung sich hätte bedienen können. Der Nachgläubi-

---

1) Pand. §. 233^b Note 16.

ger hat einen Anspruch auf Verbesserung seiner juristischen Lage nur aus dem Gesichtspunkte seines eignen Pfandrechts und demnach nur in Betreff desjenigen Gegenstandes, welcher ihm selbst verpfändet ist. Hieraus ergibt sich mit Nothwendigkeit, daß Nebenpfänder, welche dem Abgefundenen zustanden, nicht aber dem Offerenten verhaftet waren, dem Letzteren durch Ausübung des Oblationsrechts nicht pfandmäßig unterworfen werden können. Hingegen ist es gleichgültig, ob der Offerent mit dem Vorgläubiger wegen des Pfandrechtes einer einzigen Forderung in Betreff mehrerer Pfandstücke konkurrirt, oder ob er durch die Abfindung eines Vorgläubigers den ihm für verschiedene Forderungen an verschiedenen Pfandsachen bestellten Pfandrechten gleichzeitig eine Verbesserung zuführt.

b) Nur in die Realsicherheit des durch Oblation erworbenen Pfandes tritt der Offerent ein, nicht auch in die aus dem Verpfändungsvertrage (contractus pignoratitius) zwischen dem Verpfänder und dem ursprünglichen Pfandgläubiger sich ergebenden Rechte und Pflichten. Durch die Tilgung der Pfandforderung wird bekanntlich der Verpfändungsvertrag nicht unwirksam; seine Bedeutung tritt vielmehr erst jetzt recht hervor, indem der Schuldner zur Rückforderung des Pfandobjekts mit der actio pignoratitia in personam directa berechtigt ist. In dieser Beziehung muß freilich der Abgefundene befreit werden, da die Verfügung über das Pfandobjekt ihm ohne sein Verschulden entzogen wird. Es ist aber hiermit nicht ausgesprochen, daß alle anderen bis zum Zeitpunkte der durchgeführten Oblation gegenseitig erwachsenen Ansprüche des Abgefundenen oder des Verpfänders beseitigt sind. Insofern sie fortbestehen, bleiben sie auf den bisherigen Inhabern ruhen. Es ist hierbei namentlich an solche Ansprüche zu denken, welche dem Pfandgläubiger aus der schädlichen Beschaffenheit des Pfandgegenstandes, oder dem Verpfänder aus der Verwahrlosung desselben erwach-

sen. Nur in einer Beziehung ist eine Ausnahme zu machen. Verwendungen, durch welche der Abzufindende die Pfandsache verbessert hat, verstärken dessen Pfandmacht; er kann mithin auch in Betreff dieser Abfindung verlangen. In sofern erwächst wiederum dem Offerenten ein entsprechendes Recht auf Befriedigung aus der Pfandsache, jedoch nicht, weil der Anspruch des Abgefundenen auf ihn übergegangen ist, sondern weil er aus der Tilgung dieses Anspruchs ein Recht gegen den Schuldner herleitet.

In das Recht der Antichrese, welche mit dem Pfandrechte des Abgefundenen verbunden war, tritt der Offerent gleichfalls nicht ein. Das pactum antichreticum verstärkt nicht die dingliche Macht des Pfandgläubigers, sondern es bildet eine lediglich zwischen den Kontrahenten wirksame Vereinbarung über die ökonomische Behandlung der Pfandsache. Mittelbar kommt dem Offerenten das pactum antichreticum in sofern zu Gute, als er den Vorgläubiger nicht auch wegen rückständiger Zinsen abfinden muß. Zieht er selbst von der in Besitz genommenen Pfandsache Früchte, so kann er diese lediglich auf die Zinsen nach dem für die getilgte Forderung bedungen gewesenen, eventuell nach landesüblichem Maßstabe in Anrechnung bringen [1]).

Es bedarf keiner besonderen Ausführung, daß der Offerent, wenn er durch die Abfindung des Vorgläubigers in den Besitz der Pfandsache gelangt, hiermit zu dem Schuldner, beziehungsweise dem Pfandeigenthümer in rechtliche Beziehungen treten kann, welche den Rechten und Verbindlichkeiten aus einem Verpfändungsvertrage entsprechen.

c) In die Realsicherheit des Vorgläubigers tritt der Offerent vollständig ein. Daher kommen ihm von Rechtswegen alle diejenigen Eigenschaften des durch Oblation erworbenen Pfand-

1) Windscheid Pand. §. 234 Note 8. Dernburg Pfandr. Bd. II S. 529.

rechts zu Gute, welche die Pfandmacht als solche verstärken, also von dinglicher Wirksamkeit sind, wenngleich sie ihre Entstehung einer Vertragsberedung des Vorgläubigers und des Verpfänders verdanken, und gleichviel, ob sie dem Offerenten in Betreff von dessen bisherigem eignen Pfandrecht in entsprechender Weise zustehen oder nicht. Dies gilt namentlich von dem Verkaufsrechte [1]).

d) Diese Realsicherheit wird in den Händen des Offerenten zu einem Accessorium seiner eignen, gegen den Schuldner neu erworbenen Forderung und theilt deren Schicksal ganz wie sie vorher das Schicksal der durch Zahlung getilgten Forderung des Abgefundenen getheilt hat. Der Erwerber kann daher seinen Anspruch und mit ihm das Pfandrecht weiter veräußern. Nicht minder kann ihm in Betreff dieses Anspruches offerirt werden, ohne daß ihm gleichzeitig wegen des ursprünglichen eignen Pfandes offerirt werden muß.

Was hier unter Bezugnahme auf das jus offerendi entwickelt worden ist, das gilt, in soweit es um die dingliche Seite des Rechtsverhältnisses und um die Anknüpfung dieser an die persönliche Seite, an das zu sichernde Recht sich handelt, in ähnlicher Weise von allen anderen Rechtsvorgängen, welche unter dem Namen der hypothekarischen Succession zusammengefaßt werden. Wir entscheiden uns in dieser Beziehung für die Ansicht Dernburg's und treten in grundsätzliche Gegnerschaft zu der von Adamkiewicz in der mehr gedachten Abhandlung vertretenen Auffassung. Thatsächlich ist die Abweichung nicht so erheblich, da wir in Vorstehendem bemüht gewesen sind, für die Pfandnachfolge des Offerenten dasjenige als richtig nachzuweisen, was Adamkiewicz selbst für die Geschäfte der Novation [2]) und des Pfandkaufes [3]) als richtig anerkennt — Ver-

1) l. 3 D. quae res pign. 20. 3, Adamkiewicz a. a. O. S. 42 f.
2) a. a. O. S. 33 ff.
3) a. a. O. S. 25 ff.

bindung des alten Pfandrechts mit einer neuen Forderung. So bleibt nur das sogenannte Abfindungsgeschäft [1]) übrig, in Betreff dessen Adamkiewicz die Entstehung eines neuen Pfandrechts behauptet. Seine Gründe sind im Wesentlichen diejenigen, welche Dernburg für seine Entwickelung der hypothekarischen Succession anführt und welche bei deren Betrachtung gewürdigt sind.

Die bezüglichen Quellenstellen reichen nicht aus, um speziell das Abfindungsgeschäft mit einer unzweifelhaften Gewißheit in den Rahmen der übrigen Successionsgeschäfte hereinzuziehen, wie wir ihn aufzustellen versucht haben. Indeß auch die Novation und der Pfandkauf sind in unseren Quellen dürftig behandelt; das jus offerendi hingegen ist vermöge seiner im Einzelnen verhältnißmäßig reich entwickelten Theorie besonders geeignet, als Ausgangspunkt einer Untersuchung über das Wesen der hypothekarischen Succession benutzt zu werden.

Dafür, daß die dingliche Seite sämmtlicher Arten der hypothekarischen Succession gleichartig gestaltet ist, spricht außer der Gleichförmigkeit des Sprachgebrauchs, welcher durch die einschlagenden Stellen hindurch ohne Mühe verfolgt werden kann, auch die Gleichartigkeit des praktischen Bedürfnisses. Da die sämmtlichen hieher gehörigen Geschäfte das Aufrücken nachstehender Pfandgläubiger kraft Ausnahmsrechts ausschließen, so haben alle betheiligten Gläubiger, solche, deren Vorzugsrecht zweifelhaft ist, nicht minder als die unzweifelhaft nachstehenden, ein Interesse daran, daß durch die Succession eines Pfandgläubigers in eine bessere Pfandstelle ihre eigne Befriedigung aus dem Pfandgegenstande nicht verkümmert werde — daß also für sie in Betreff der fraglichen Pfandstelle alles beim Alten bleibe. Hierin gewährt ihnen die von uns aufgestellte Theorie der hy-

[1]) Adamkiewicz a. a. O. S. 13 ff.

pothekarischen Succession eine gesetzmäßig ausgesprochene Sicherheit, welche ihnen die Konstruktion Dernburg's entzieht, und hierin sehen wir auch den einzigen aber nicht unwichtigen praktischen Vorzug, welcher die unsererseits vorgetragene Meinung vor der Dernburg'schen, mit deren praktischen Folgerungen sie sonst übereinstimmt, in Anspruch zu nehmen hat.

Eine größere Bedeutung legen wir der versuchten theoretischen Entwickelung für das Verständniß des modernen Grundbuchwesens bei.

Die Zulassung der Pfandnachfolge erscheint, wie schon bemerkt, im Sinne des älteren römischen Pfandrechts als eine Neuerung, durch welche die zuvor anerkannte Untrennbarkeit von Pfandrecht und Forderung beseitigt wird. Es ist hiermit der Anfang einer Entwickelung eingetreten, welche schließlich jedes Pfandrecht wird verfolgen müssen, wenn es den Ansprüchen eines fortgeschrittenen Verkehrslebens folgen soll. Es ist nicht durchaus nothwendig, daß ein Sicherungsrecht wie das Pfandrecht enger an das Schicksal der zu sichernden Forderung sich anschließe, als dadurch, daß es den Bewegungen des zu sichernden Rechtes folgt, so lange es mit demselben verbunden ist. Da Pfandrechte durch das Alter einen gesteigerten Werth erhalten, so muß eine gewisse Dauerbarkeit der Pfandrechte im Interesse des Realkredits erwünscht erscheinen. Diesem Wunsche kommt das Recht entgegen, indem es anerkennt, daß das Pfandrecht die Forderung wechseln könne, wenn in und mit der Beseitigung der Forderung, für welche es bestellt worden, zugleich die Entstehung einer neuen Forderung gegeben ist, an welche es als Sicherungsrecht sich anschließen kann.

Ueber dieses Anerkenntniß ist jedoch das R. R. nicht hinausgekommen. Erst die modernen Grundbuchrechte haben weitere Schritte gethan, indem sie die Umwandlung von Pfandrechten in sogenannte „Hypotheken des Eigenthümers" und unter

den eigentlichen „Hypotheken“ in Gestalt der „Grundschulden“ [1]) eine Art von scheinbar selbstzwecklichen Sicherungsrechten zugelassen haben.

Indeß auch in diesen modernen Rechtsbildungen ist unseres Erachtens nicht der Grundsatz aufgehoben, daß das Pfandrecht und alle diesem verwandten Sicherungsrechte accessorische Rechte sind, d. h. daß sie einem ökonomischen Zwecke dienen, mit dessen Wegfall sie aufhören müssen, Sicherungsrechte pfandartiger Natur zu sein. Allerdings brauchen die Hypotheken und Grundschulden des neueren Grundbuchrechts, um als solche fortbestehen zu können, nicht nothwendig aus der Hand eines Gläubigers unmittelbar in diejenige eines anderen überzugehen. Die Buchung im Grundbuch ermöglicht es, daß sie vom Gläubiger zum Eigenthümer des verpfändeten Grundstückes zurückkehren und bei diesem gewissermaßen ruhen [2]), bis sie in derselben grundbuchmäßigen Gestalt, welche sie bisher besaßen, auf's Neue in den Verkehr treten. Aber so lange Hypothek und Grundschuld dem Eigenthümer zustehen, sind sie eben nicht Hypotheken oder Grundschulden im eigentlichen Sinne, sondern sie stellen nur einen durch die Grundbuchverfassung begünstigten, ja geforderten qualifizirten Schutz des Eigenthums dar, vermöge dessen das letztere zu dinglichen Rechten an fremder Sache in ein Prioritätsverhältniß zu treten im Stande ist.

In sofern nun Hypotheken und Grundschulden des neueren Rechts wirkliche Sicherungsrechte sind, stehen sie mit dem römischen Pfandrechte auf einer und derselben Grundlage. Die Lockerheit der Verbindung, welche das persönliche Element unserer Hypotheken und Grundschulden mit dem dinglichen Elemente

---

1) Vergl. des Verf. Ausführung in Behrends Zeitschr. für deutsche Gesetzgebung Band VIII. S. 477 ff., namentlich S. 496 ff., und die Preußischen Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 (G.S. S. 433—507).

2) Verf. a. a. O. S. 503 ff.

derselben eingeht, ist nur der Endpunkt einer Entwickelung, deren Anfang in der hypothekarischen Succession des Römischen Rechts zu finden ist. Hätte das Römische Recht an der Ansicht festgehalten, daß das Pfandrecht nur für diejenige Forderung Sicherheit bieten könne, für welche es ursprünglich bestellt worden, so hätte es die hypothekarische Succession überhaupt nicht zulassen können. Durch ihre Einführung hat es sich grundsätzlich zu der nämlichen Auffassung der accessorischen Natur des Pfandrechtes bekannt, deren Fortentwickelung unter dem Einflusse deutschrechtlicher Einrichtungen zu der heutigen Gestaltung des Grundbuchrechts geführt hat.

Diesen Zusammenhang scheint uns Windscheid zu verkennen, indem er (§. 225 seiner Pandekten) Folgendes ausführt: „Wenn das R. R. [in denjenigen Fällen, in denen nach Windscheid's Ansicht die Forderung in der Pfandmacht aufgeht] „den Fortbestand der Forderung annimmt, so thut es dies nur im Interesse theoretischer Vermittelung. Auf diesem von dem römischen Rechte nur schüchtern betretenen Wege ist dann das moderne Hypothekenrecht im Anschluß an das Institut der Hypothekenbücher weiter gegangen. Nicht nur hat es das, was im R. R. für den Fortbestand der Hypothek nur in einzelnen Fällen anerkannt ist, zur Regel erhoben und die Hypothek so unabhängig von jedem Schicksal, welches die Forderung als solche trifft, erklärt, sondern es findet sich in neueren Gesetzen selbst der Satz anerkannt, daß eine Hypothek einer Forderung nicht bedarf, ein Satz, welcher im R. R. ohne Anhalt dasteht."

Richtig ist allerdings, daß die Entstehung einer Hypothek ohne zu sichernde Forderung im R. R. ohne Anhalt dasteht. Es läßt sich aber weiter fragen, welchen Anhalt eine derartige Rechtsbildung in unserem heutigen Hypothekenrecht findet, in irgend einem Hypothekenrecht überhaupt finden kann? Uns scheint die Annahme unmöglich, daß ein Sicherungsrecht als

jus in re aliena entstehen könne, ohne daß es sich an ein anderes Recht anschließt, zu dessen Sicherung es dienen soll. Die wichtigsten jura in re aliena des römischen Rechts lehnen sich an andere Rechte oder Rechtsverhältnisse an, welche ihnen Zweck und Dauer verleihen: die Servituten an ein persönliches Bedürfniß oder an ein herrschendes Grundstück, das Pfandrecht an die Forderung. Nur Superfizies und Emphyteusis, welche eigenthumsgleiche Naturalnutzung ohne wahres Eigenthum gewähren sollen, machen eine Ausnahme: sie sind dingliche Rechte an fremden Sachen mit selbstzwecklicher Natur. Hierin gleichen ihnen die modernen Hypotheken- und Grundschuldrechte nicht; sie sind vielmehr dem Pfandrechte darin gleich, daß sie als letztes Ziel eine Leistung im Rechtssinne, regelmäßig die Zahlung einer Geldsumme, im Auge haben. Es wird daher stets ein vergebliches Bemühen sein, die Hypotheken und Grundschulden unseres heutigen Rechtes in selbstzwecklichem Sinne zu konstruiren. Wird dieser Versuch aufgegeben, dann sind wir zur Erklärung der gedachten Rechtsbildungen zunächst auf diejenigen Anfänge hingewiesen, welche das R. R. gemacht hat, um Forderung und Pfandrecht aus der früheren Starrheit ihrer Verbindung loszulösen — vor Allem auf die Theorie des jus offerendi, weil bei dieser das persönliche Element des Pfandrechts am meisten hinter dem dinglichen zurücktritt.

IX.

Kritisches und exegetisches Allerlei

von

R. von Jhering[1]).

VII.

l. 1 pr. de aestimatoria (19. 3).

Ulp. lib. XXXII ad edictum. Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia; fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Meliusque ita visum est hanc actionem proponi: *quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem.*

Den Gegenstand der folgenden Erörterung bildet lediglich der gesperrt gedruckte Schlußsatz, und zwar gedenke ich den Nachweis zu erbringen, daß derselbe, so wie er jetzt lautet, unmöglich aus der Feder des Juristen geflossen sein kann. Meines Wissens hat die Kritik an demselben bisher keinen Anstoß genom-

---

1) S. B. 12 S. 313—398.

men, obschon derselbe dazu im höchsten Maße Anlaß geboten hätte. Nur der Zusatz: aestimatoria zu praescriptis verbis actio in der Schlußzeile hat Bedenken erregt [1]), aber meines Erachtens völlig grundlos, da die Ueberschrift des Titels beweist, daß, wenn auch der Ausdruck: actio aestimatoria in diesem Sinn der römischen Jurisprudenz fremd gewesen sein sollte, jedenfalls die Compilatoren Justinian's ihn in Anwendung gebracht haben. Den Ausdruck actio de aestimato gebraucht Ulpian am Anfang der Stelle, und in Verbindung mit actio praescriptis verbis findet er sich in §. 28 J. de act. (4. 6): „praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur“; Theophilus (daselbst) setzt dafür aestimatoria:

„praescriptis verbis λεγομένη aestimatoria.“

Während man diesen Punkt beanstandete, ist man dagegen von jeher an der eigentlichen Schwierigkeit der Stelle unbekümmert vorübergegangen, als ob Alles in schönster Ordnung sei. Wunderbar! es ist nicht denkbar, daß man sie nicht bemerkt hätte, aber Jeder hat sich gehütet, sie zu constatiren, weil er kein Mittel wußte, sie zu heben.

Hören wir, was der Schlußsatz uns sagt! „Wenn über den Namen irgend eines Contractes Zweifel existiren, während man doch darüber einverstanden ist, daß eine Klage gegeben werden müsse, so muß die act. aestimatoria praescriptis verbis gegeben werden.“

Also in allen Fällen, wo man wegen des Namens einer Klage in Verlegenheit ist, die act. aestimatoria — eine Allerweltsklage, die überall in der Noth zur Anwendung gelangt, und die Einen nie im Stich läßt. Wenn ein Kandidat im Examen davon Gebrauch machen wollte, wie würde der Examinator aufbegehren! Und doch wenn jener ihn zu seiner Rechtfertigung

1) S. Schulting, Notae ad Digesta zu dieser Stelle, Glück, Commentar B. 18 S. 63 Note 52.

auf l. 6 pr. cit. verwiese, was wollte er antworten? Wer diese Stelle als richtig anerkennt, hat nicht das Recht, einen Kandidaten, der überall, wo es sich nicht um einen Consensual- oder benannten Realcontract handelt, schlankweg aus jedem Contract die act. aestimatoria gibt, zu tadeln.

Wie soll die Klage zu dem Namen aestimatoria kommen? Dem Zusammenhang nach ist an ein aestimare des Richters, womit die Glosse die Zweifel, die sich ihr aufdrängten, zu beschwichtigen suchte, nicht zu denken; die richterliche aestimatio war bei allen Klagen, welche nicht auf Geld gingen, möglich, man hätte mithin alle Klagen aestimatoriae in diesem Sinn nennen können. Ein zweiter Gegengrund ist der, daß dieselbe Voraussetzung, auf welche die obige Klage berechnet sein soll (quotiens de nomine ambigeretur) als Motiv einer anderen Klage namhaft gemacht wird, nämlich der generellen act. praescriptis verbis, von der die act. aestimatoria praescriptis verbis nur einen besonders qualificirten Anwendungsfall enthält. Von ihr lehren in l. 1—3 de praescr. verb. (19. 5) übereinstimmend drei Juristen: Papinian, Celsus, Julian, daß dieselbe Platz greife: cessantibus proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possimus (l. 1) — cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina (l. 2) — quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt (l. 3); die Compilatoren lassen auch den Ulpian in l. 4 ib. mittelst seiner Bemerkung: natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula diese Ansicht unterstützen, denselben Ulpian, der in unserer obigen Stelle die act. aestimatoria als Universalklage namhaft macht. Welche von beiden Klagen ist nun die wirkliche, die ächte?

Niemand wird über die Antwort verlegen sein: die act. praescriptis verbis ist es, sie ist die allgemeine Klage, die act.

aestimatoria die specielle, und ihr Name sowohl wie die Darstellung in unserer l. 1 pr. läßt keinen Zweifel darüber, daß die Voraussetzung, auf welche sie beschränkt ist, in der von den Parteien beliebten aestimatio besteht. Damit ist aber anerkannt: der Text der l. 1 pr. kann so, wie er jetzt lautet, nicht ächt sein, es muß darin ein Fehler stecken.

Nach meinem Dafürhalten ist der Fehler nicht schwer zu finden. Gehen wir davon aus, daß ein Jurist, der ganz allgemein („quotiens enim") die Voraussetzungen der actio de aestimato namhaft machen will, sich nicht auf die negative Voraussetzung, daß ein bestimmter Contractsbegriff nicht Platz greife („quoties de nomine contractus alicujus — ambigeretur"), beschränken darf, sondern auch die positive der vereinbarten aestimatio namhaft machen muß, so kann letzteres nur in dem Passus: „conveniret tamen aliquam actionem dari" geschehen sein. In diesen Worten muß die Hinweisung auf die vereinbarte aestimatio stecken; es bedarf einer Emendation, welche aus ihnen, so wie sie jetzt lauten, die „Uebereinkunft" und die „aestimatio" zum Vorschein bringt. Die Uebereinkunft haben wir in „conveniret", wenn wir statt dessen „convenerit" lesen. Also: „die Parteien sind übereingekommen" („convenerit tamen"). Jetzt fehlt noch: „die aestimatio zu geben (aestimationem dare)". Das „dare" ist da, mithin muß das „aestimationem" stecken in „aliquam actionem", und man braucht bloß die beiden Worte untereinander zu stellen:

aliquamactionem
aestimationem

um sich zu überzeugen, wie leicht bei einiger Undeutlichkeit der Handschrift des Abschreibers eine Verwechslung möglich war. Der Fehler wiederholt sich nicht bloß in allen uns erhaltenen Handschriften, sondern er muß sich auch in denjenigen befunden haben, die den Verfassern der Basiliken vorlagen, denn in letz-

teren (XIX, 9, 1) heißt es: ὁσάκις ἀγωγῆς διδομένης ἀμφιβάλλεται τὸ ὄνομα τοῦ συναλλάγματος, aus welchem ἀγωγῆς διδομένης (actione data) sich ergibt, daß auch sie mit allen unsern Handschriften gelesen haben: actionem dari. Wahrscheinlich befand sich der Fehler schon in der Handschrift von Ulpian, aus welcher die Compilatoren Justinians jenes Excerpt entnahmen, denn Theophilus (a. a. O. IV, 6 §. 28) beschränkt seine Erklärung der act. de aestimato auf das Beispiel, mit dem Ulpian in jener Stelle beginnt, und an dem er das Bedürfniß der Einführung derselben klar zu machen sucht, den s. g. contractus aestimatorius, während er, wenn ihm die obige Stelle in der von mir für die ursprüngliche gehaltenen Fassung vorgelegen hätte, dies nicht hätte thun können. Daß Ulpian in dem ersten Satz nur ein Beispiel gibt, welches das Anwendungsgebiet der Klage durchaus nicht erschöpft, daß er also die Voraussetzungen, welche er im zweiten Satz namhaft macht, keineswegs auf jenen Fall beschränkt wissen will, geht aus den Worten: quotiens und contractus alicujus hervor.

Ich habe im Bisherigen die Gründe entwickelt, welche unsere Stelle mir für meine Emendation an die Hand zu geben scheint. Es gesellen sich noch zwei sprachliche Argumente hinzu, die wenn auch nicht ausschlaggebend, doch das Gewicht der Bedenken gegen die Aechtheit des überlieferten Textes erheblich steigern. Das ist zuerst das: „conveniret tamen actionem dari." Wer kommt überein, wer verständigt sich darüber, daß eine Klage gegeben werden solle? Die Juristen? Es klingt so, als ob sie, „quotiens ambigeretur de nomine alicujus contractus", sich nur zu verständigen hätten, daß eine Klage zu geben sei, um dem Prätor die Hände zu binden („dandam actionem"), während doch letzterer allein die entscheidende Gewalt hatte. Auf ihn aber paßt das „conveniret" nicht, denn er brauchte sich mit

Niemandem zu verständigen. Dies Bedenken erledigt sich durch die von mir vorgenommene Aenderung von conveniret in convenerit. Das zweite ist das: „aliquam actionem dari." Das „aliquam" ist nicht bloß überflüssig — warum nicht: actionem dari? — sondern es paßt logisch nicht zu: dandam aestimatoriam .. actionem, denn wenn der Jurist für alle diese Fälle nur eine einzige Klage für anwendbar hält, so ist es verkehrt, vorher die Möglichkeit einer Wahl zwischen mehreren Klagen in Aussicht zu nehmen, wie dies mit dem „aliquam" unzweifelhaft geschieht.

Das Resultat meiner Ansicht besteht also darin, daß in der obigen Stelle zu lesen ist statt:

conveniret tamen aliquam actionem dari
convenerit tamen aestimationem dari.

Dari aestimationem ist nichts ungewöhnliches, s. z. B. l. 8 de praes. verb. (19. 5): datam aestimationem.

Damit hätten wir also aus dieser Stelle eine actio de aestimato oder aestimatoria praescriptis verbis gewonnen, welche im römischen Proceß überall zur Anwendung gelangt sein würde, wo eine Sache gegeben wäre mit der alternativen Verpflichtung: entweder die Sache zurückzugeben oder ihre aestimatio zahlen. Das Bedürfniß einer solchen Klage war in meinen Augen so unabweisbar, daß wir unsere Quellen einer Lücke beschuldigten müßten, wenn sie uns diese Klage vorenthalten hätten, denn wenn bei einem auf Rückgabe einer Sache gerichteten Contract z. B. dem Miethcontract oder dem Commodat die Zahlung einer aestimatio verabredet worden war, so durfte man dem Gläubiger nicht die entsprechende Contractklage gewähren, weil ihr gegenüber der Beklagte nicht das Recht gehabt hätte, die aestimatio zu geben, der Richter ihm vielmehr in Form des arbitrium die Naturalrestitution der Sache hätte auferlegen können. Darum bedurfte es für alle

derartige Fälle einer Formulirung, welche mittelst praescripta verba auf die Vereinbarung der Parteien Bezug nahm; das Schema wird gewesen sein: quod convenit inter ...., ut aut res .... aut aestimatio ... daretur.

Unsere Quellen geben uns verschiedene Beispiele solcher Verträge oder sagen wir besser: Beispiele der Modification der gewöhnlichen Verträge durch einen derartigen Nebenvertrag. Es sind:

1. Das Commodat. In l. 7 §. 5 de don. i. V. (24. 1) erscheint das „commodatum aestimatum datum" als ein ganz gangbarer Vertrag, da hier ein gewohnheitsrechtlicher Satz bei demselben in Bezug genommen wird („nec aliud in commodato aestimato dato observari solet"). Außerdem ist von demselben noch die Rede in l. 5 §. 3 de comm. (13. 6): et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Demselben kommt nahe der in unseren Quellen öfters erwähnte Fall der Hingabe eines Sklaven zum Zwecke der Folterung sei es in einer ihn selber oder einen Andern betreffenden Untersuchungssache; von jenem Fall handelt die l. 8 de praescr. verb. (19. 5), von diesem die l. 13 de quaest. (48. 18) und Paulus S.R. V, 16, 3; in beiden Fällen kamen eigenthümliche Rechtssätze zur Anwendung, die uns hier nicht interessiren, nur das sei erwähnt, daß im ersten Fall der Herr die Wahl hatte, ob er den Sklaven oder den Preis haben wollte.

Ein gleichfalls dem Commodat verwandter Fall ist der bei Plautus Captivi II 2, v. 90 fl., wo ein servus aestimatus in die Fremde geschickt wird; der Herr bedingt sich durch Stipulation (nicht Sponsio, da der Promittent kein römischer Bürger war) die aestimatio aus: num quae causa est, quin si ille huc non redeat, viginti minas mihi des pro illo? Die act. praescriptis verbis existirte zur Zeit des Plautus noch nicht.

2. Das Depositum. Die Aestimation bei demselben wird erwähnt in l. 52 pr. de don. i. V. (24. 1).

3. Die Pacht in Bezug auf das Gutsinventar, l. 54 §. 2 Loc. (19. 2): servus, qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit.

4. Die Dos, bei der dem Manne das Wahlrecht zwischen der Restitution der erhaltenen Sache oder der aestimatio eingeräumt werden konnte, l. 11 de fundo dot. (23. 5) . . fundus in dotem aestimatus datus . ., ut electio . . . . in arbitrio mariti sit, l. 10 §. 6 de J. Dot. (23. 3)[1]).

5. Der s. g. Tröbelcontract, über den das Quellenmaterial sich in jedem Compendium findet. Ich füge nur eine Stelle aus Plautus hinzu, aus der wir die für das römische Leben nicht uninteressante Thatsache entnehmen können, daß der Vertrag auch im Verhältniß des Hausherrn zu seinen Untergebenen üblich war, der ihnen damit in einer offenbar für beide Theile gleich vortheilhaften Weise die Gelegenheit zum Pekuliarerwerb darbot. Die Stelle ist Plautus Mercator I, 1, v. 14—16: meus pater dedit aestimatas merces: ita peculium conficio grande.

Meines Wissens sind hiermit die Fälle, welche unsere Quellen darbieten, erschöpft. Der aestimatio wird zwar noch in anderen Verhältnissen gedacht, z. B. bei der Societät in l. 52 §. 3 pro soc. (17. 2), bei der Pacht in l. 3 Loc. (19. 2), allein es ist nicht diejenige Gestaltung der aestimatio, die uns hier allein interessirt: die der alternativen Haftung auf die Sache oder deren Werthansatz, sondern eine andere.

Wenn ich im Bisherigen das Richtige getroffen habe, so habe ich damit einen neuen Beitrag zu meiner früheren Behauptung (B. 12 S. 330) geliefert, daß sich schon „in dem hand-

---

1) K. Czyhlarz, Das römische Dotalrecht S. 161.

schriftlichen Material, das Justinian's Compilatoren vor sich hatten, Fehler befunden haben, die, durch letztere legalisirt, von den Basiliken in unsern Handschriften übereinstimmend fortgepflanzt worden sind."

VIII.

l. 10 §. 1 de lege Rhodia (14. 2).

Labeo lib. 1 Pithanon a Paulo epitomatorum.

Labeo behandelt hier folgenden Fall. Der Schiffer B hat dem A sein Schiff zum Waarentransport vermiethet, übergibt aber ohne Noth die Waaren einem andern Schiffer C, mit dessen Schiff sie untergehen. Haftet B? Darauf ertheilt Labeo eine bejahende Antwort, während Paulus dessen Ansicht dahin berichtigt, daß es Fälle geben könne, in denen der B für Nichts zu haften habe. Das sei zuerst der Fall, wenn beide Schiffe dieselbe Fahrt unternommen hätten und ohne Schuld der Schiffer untergegangen seien. In diesem Fall — so haben wir die Ansicht des Paulus zu ergänzen — hat A durch das Umladen der Waaren keinen Schaden erlitten, denn sie wären auch dann untergegangen, wenn B sie in seinem eigenen Schiff transportirt hätte, in einem solchen Fall aber braucht derjenige, der sonst den Schaden zu tragen hat, für Nichts einzustehen. Paulus bringt damit nur einen Grundsatz zur Anwendung, der den römischen Juristen ganz geläufig war [1]), und dessen Anwendbarkeit im vorliegenden Fall Labeo schwerlich in Abrede genommen haben würde.

1) S. z. B. l. 14 §. 1 Depos. (16. 3) . . cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori. l. 14 §. 11 Quod med. (4. 2) . . si tamen peritura non fuit. l. 56 pr. de J. D. (23. 3) . . si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit. l. 5 §. 4 de cond. c. d. (12. 4) . . ipsi adhuc servum dicimus obiisse, decederet enim, etsi non accepisset ut manumitteret. Aehnlich auch l. 44 Ex quib. c. mas. (4. 6) . . in aliqua re laesus non restituitur, in qua, etiamsi reipublicae causa non abfuisset, damnum erat passurus.

Der zweite Fall oder richtiger die zweite Kategorie von Fällen, welche Paulus dem Labeo entgegensetzt, beruht auf der Annahme einer Schuldlosigkeit des Verfrachters, und Paulus macht vier Fälle namhaft, von denen die beiden zuletzt von ihm genannten

1) si probatum fuerit, nautam morbo impeditum navigare non potuisse,

2) si navis ejus vitium fecerit sine dolo malo et culpa ejus,

kein Interesse für uns haben, während die beiden zuerst genannten wegen einer Textkorruption bisher völlig unverständlich geblieben sind. In Bezug auf alle Fälle bin ich der Ansicht, daß die Berichtigung des Paulus eine unbegründete war. Sie beruhte nicht auf einem Uebersehen des Labeo, sondern seines Tadlers Paulus, denn Labeo hatte keinesweges die Behauptung aufgestellt, daß B schlechthin zu haften habe, sondern nur: „si nulla necessitate coactus transtulit", er hatte damit also dem Schiffer derartige Entschuldigungsgründe, wie Paulus sie aufstellt, offen gehalten, und er würde in ihnen, weit entfernt, eine Anfechtung, vielmehr nur eine weitere kasuistische Ausführung seiner Behauptung, erblickt haben.

Der dritte und vierte Fall, den Paulus namhaft macht, ist folgender:

Idem juris, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit.

Idem juris erit, cum ea conditione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per eum staret quominus remissa sibi ea poena spectaret.

Sowie die Stelle gegenwärtig lautet, ist sie schlechterding unverständlich, und so ist sie und zwar insbesondere der Schluß-

passus: quominus remissa sibi ea poena spectaret denn von jeher Gegenstand kritischer Emendationen gewesen. In den Basiliken ist sie uns nicht erhalten, und schon in der Glosse beginnen die Emendationsversuche, indem dieselbe die Schlußworte ändert in: quominus id faceret, remissam sibi eam poenam speraret. Cujacius (Observ. III 2) behält spectaret bei und ändert: remissam poenam, was bedeuten soll: quominus munere vehendi perfungeretur atque ita ea se poena exsolutum spectaret", ein Erklärungsversuch, der kaum einer ernstlichen Widerlegung bedarf. Denn angenommen, der Jurist hätte den Gedanken, daß die Abfahrt nicht durch Schuld des B verhindert worden sei, statt direkt und klar, höchst gewunden und unbeholfen in der Weise ausdrücken wollen: daß B es nicht habe erleben, nicht mit ansehen müssen, daß die Konventionalpön verwirkt worden sei, so hätte er nicht remissam, (was stets auf Erlaß geht) sondern non commissam sagen müssen. Andere Schriftsteller [1]), deren nähere Aufzählung ich mir erspare, haben bald auf Grund des in einer Handschrift sich findenden: asportaret: portaret, bald statt spectaret: vectaret, oder statt remissa ... speraret: remissas (sc. merces) portaret, lesen wollen, ein Anderer hat den (nicht veröffentlichten) Vorschlag gemacht: promisso sub ea poena staret oder promissa sub ea poena praestaret, Schilling schlägt vor: quominus commissa sibi ea poena asportaret und ändert das in eodem genere cogitatonis, welches bei Andern in cognitionis oder conditionis verwandelt ist, in negotiationis. Friedrich Mommsen, der die Stelle in seinen Beiträgen I S. 80 Anm. 6 berührt, hat sich auf die Schwierigkeit gar nicht eingelassen, Glück im Kommentar zu diesem Titel geht ihr weis-

1) S. dieselben im Corpus juris von Gebauer und Spangenberg und bei Schulting, Notae ad Dig. zu unserer Stelle und F. A. Schilling, Animadversionum crit. spec. II. Lips. 1842 p. 6—9.

lich aus dem Wege, nur im vorigen Jahre ist sie in ihrer Ruhe gestört worden [1]). Der völlig verunglückte letzte Versuch zu ihrer Erklärung hat mir Veranlassung gegeben, ihr meine Aufmerksamkeit zuzuwenden, und ich müßte alles Urtheils über meine eigenen Ideen baar und ledig sein, wenn ich nicht das Richtige getroffen und jenes seither aller Lösungsversuche spottende Räthsel gelöst hätte.

Sämmtliche Interpretationsversuche, welche bisher gemacht worden sind, stimmen darin überein, daß sie im Anschluß an den oben mitgetheilten Text zwei Fälle unterscheiden, der meinige geht dahin, daß die ganze dort abgedruckte Stelle nur einen einzigen Fall zum Gegenstande hat, daß das zweite idem juris est zu streichen und an Stelle von spectaret zu lesen ist: exspectaret.

Ich will den Fall, wie Paulus ihn meiner Ansicht nach sich gedacht hat, mittheilen, indem ich Satz für Satz paraphrasire:

Idem juris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit.

Der B wird, nachdem er den Frachtkontrakt abgeschlossen hat, mit seinem Schiff von der Obrigkeit zurückgehalten. (Embargo.)

Läge nun kein weiterer Umstand vor, so würde der B nicht nöthig haben, den Transport der Waaren durch den C besorgen zu lassen, er könnte ruhig abwarten, bis jenes Hinderniß gehoben wäre, da dasselbe nicht durch ihn verschuldet ist, wenigstens nicht verschuldet zu sein braucht; es kann ja die Beschlagnahme des Schiffs für öffentliche Zwecke Statt gefunden, wie z. B. in

1) F. Mans, Von den Conventionalstrafen. Erster Theil, Frankfurt 1876, S. 106—111. Wenn ich mittheile, daß die Worte; remissa sibi poena spectaret dem Verfasser zufolge bedeuten sollen: so würde diese Strafe als ihm erlassen in Betracht kommen, so wird man mir wohl ein weiteres Eingehen auf seinen Versuch ersparen.

l. 43 §. 1 de pig. act. (13, 7). Für ihn ist dies ein casus, für den er nicht einzustehen hat.

l. 1 §. 9. Si quis caution (2. 11) Simili modo exceptio datur ei, qui cum ad judicium venire volebat, a magistratu retentus est et retentus sine dolo malo ipsius.

Der Umstand aber, der ihn gleichwohl nöthigt, für den Transport der Waaren des A Sorge zu tragen, besteht darin, daß er die Beschaffung desselben zu einem bestimmten Termin dem A gegen Konventionalstrafe versprochen hat.

Cum (hier sind die vorhergehenden Worte: idem juris erit zu streichen) ea conditione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset.

Conduxisset. Labeo hatte von einem Miethen des Schiffes (si navem conduxisti) gesprochen, Paulus substituirt ihm aber hier den Gesichtspunkt der locatio operis, der offenbar der richtigere ist, da ja nicht der A sondern der B das Schiff führen soll.

Locasset. So ließ die Florentina Haloander und Cujacius ändern: locasses, und diese Emendation ist fast von allen Spätern (s. bei Schulting a. a. O.) gebilligt [1]) und auch Theodor Mommsen hat ihr in seiner Ausgabe der Pandekten die Ehre der Erwähnung gegönnt. Und in der That war sie unabweisbar, so lange man von der Voraussetzung ausging, daß in diesem Satz ein neuer vierter Fall behandelt werde, denn unter dieser Voraussetzung würde für eine dritte Person, auf welche das locasset zu beziehen wäre, kein Raum vorhanden

1) Schilling a. a. O. S. 7: nec potest ea emendatio . . . ullam dubitationem habere (!). Quo magis mirandum est Bynkershoeckium . . lectionem florentinam defendere studuisse; parum videlicet feliciter.

sein, und es müßte dem vorangehenden „a te" und „tibi" entsprechend heißen: locasses.

Unsere obige Erklärung ermöglicht die Aufrechthaltung des locasset der Florentina, denn derjenige, der hier das „locare" vornimmt, ist der „prior nauta" des vorhergehenden Satzes, er überträgt die Ausführung des von ihm übernommenen Transportes dem zweiten Schiffer mittelst einer zwischen ihnen abgeschlossenen locatio operis.

Gewiß konnte ihm dies bei der vorhandenen Sachlage Niemand verdenken, er that, was Jeder unter solchen Umständen gethan haben würde, er sorgte, da er selber durch casus an der Ausführung des Kontraktes verhindert war, sowohl im eignen Interesse, um der Konventionalpön auszuweichen, als auch in dem des Befrachters, um die rechtzeitige Ueberkunft der Waaren zu ermitteln, für einen Stellvertreter. Freilich das Schiff des C war, wie Labeo am Anfang der Stelle sagt, ein minder seetüchtiges, und so konnte man es dem A nicht verargen, daß er damit nicht einverstanden war („in navem deteriorem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit"). Aber andererseits kann A doch auch dem B nicht zumuthen, daß er aus Rücksicht auf ihn die Rücksicht auf sich selber außer Acht lasse und sich der Konventionalstrafe aussetze. Bei dieser Sachlage macht B dem A einen Vorschlag, welcher den Interessen beider Theile gerecht wird. Er ist enthalten in den Schlußworten:

remissa sibi ea poena.

B erbietet sich nämlich, den Waarentransport selber zu besorgen, wenn A ihn seiner Haftung aus der Konventionalpön entlasse (remissa sibi ea poena) und ihm damit ermögliche, die Erledigung seiner Angelegenheit abzuwarten (quominus exspectaret). A weist diesen billigen Vorschlag des B zurück, nicht B ist Schuld (nec per eum staret), daß letzterer mit der Verladung und Absendung nicht bis zur ausgemachten Sache

warten kann, und wenn er unter solchen Umständen die Waaren in ein anderes minder gutes Schiff ladet, so trifft ihn für die Folgen keine Verantwortung — er war vollkommen entschuldigt, daß er die Ausführung seines Transportvertrages andern Händen überließ, ganz ebenso, wie wenn er krank geworden wäre oder sein Schiff ohne seine Schuld Schaden genommen hätte. Auch bei diesen beiden Fällen hat Paulus, der sie dem Labeo entgegenhält, die Voraussetzung des vorhergehenden Falles: die Sicherung des verabredeten Termins durch Konventionalpön im Auge, was er durch „Idem juris in eodem genere cogitationis observabimus, si" ausdrückt; ohne die Gefahr der Verwirkung der Konventionalpön hätte B ruhig abwarten können, bis seine Krankheit oder der Fehler am Schiff gehoben worden wäre. Die bisherigen Interpretationsversuche haben dies sämmtlich außer Acht gelassen und darum das so bedeutungsvolle ihnen unverständlich gebliebene „in eodem genere cogitationis" durch mißlungene Emendationen zu ersetzen versucht (cognitionis, condictionis, locitationis s. Schulting). Sachlich steht ihnen allen der Einwand entgegen, daß, wenn man sich die Konventionalpön hinwegdenkt, B nicht den mindesten Anlaß hätte, bei erklärtem Widerspruch des A den Kontrakt durch den C zur Ausführung zu bringen. So wie dagegen die Konventionalpön mit ins Spiel kommt, hat B im Fall der eigenen kasuellen Verhinderung das höchste Interesse daran, durch einen Andern zu erfüllen [1]); wenn A mit letzterem nicht einverstanden ist, so hat er das Mittel selbst in Händen, es zu verhindern, indem er seinen Anspruch auf Konventionalpön erläßt. Will er dies nicht, so kann B sich darauf berufen, daß er „necessitate coactus" gehandelt habe.

---

1) l. 9 de naut. foen. (22, 2), l. 22 pr. ad l. Aq. (9, 2) l. 77 de V. O. (45, 1), bei den prätorischen Stipulationen gilt das Gegentheil; s. l. 52 de V. O. (45, 1).

Die kritische Voraussetzung der im Bisherigen entwickelten Ansicht ist einmal das Streichen der Worte: idem juris est und so dann die Veränderung von spectaret in exspectaret. Ersteres beruht auf der Annahme, daß der Abschreiber jene Worte die in der Stelle zwei Mal vorkommen, aus Versehen drei Mal geschrieben habe; nehmen wir an, daß sie am Anfang einer Zeile standen, und daß das Auge des Abschreibers sich in die unrechte Zeile verirrte, so hat jenes Versehen nichts Befremdendes. Wenn ich von einer Veränderung von spectaret in exspectaret spreche, so gebrauche ich den Ausdruck mit Rücksicht auf den in unsern Ausgaben einmal rezipirten Text und auf die Autorität der Florentina, denn das exspectaret hat eine handschriftliche Autorität für sich, nämlich die des Codex Vaticanus I; im Codex Vaticanus II ist das ex später getilgt[1]). Ich selber war, ohne diese Lesart zu kennen, durch den Zusammenhang der Stelle, wie ich ihn oben dargelegt habe, zu der Ueberzeugung ihrer Nothwendigkeit geführt worden, und ich weiß kaum, ob ich sagen soll, daß es mir eine angenehme oder unangenehme Ueberraschung bereitete, als ich ihr bei der Vergleichung der verschiedenen Ausgaben der Pandekten bei Mommsen (ohne Angabe der Quelle) und bei Gebauer und Spangenberg (mit Angabe der Quelle) begegnete. Wie wenig aber diese Lesart allein im Stande ist das Verständniß der Stelle zu erschließen, wie es vielmehr erst der Einsicht in den Zusammenhang der Stelle bedurfte, um die Lesart selber zu verstehen, ergibt sich daraus, daß man bisher mit der letzteren nichts anzufangen gewußt hat, während ich meinerseits, der ich, wenn man will: auf apriorischem Wege verfuhr, von selbst zu der richtigen Lesart gelangte. Die Ursache des Wegfallens des „ex" in exspectaret erkläre ich mir so, daß dasselbe fälschlich für „ea"

1) Nach der Notiz im Corp. jur. von Gebauer und Spangenberg.

gelesen ward, woran sich denn fast nothwendig die Versetzung des ea vor poena schloß, so daß also statt „remissa sibi poena exspectaret“, gesetzt ward: remissa sibi ea poena spectaret.

Der gegenwärtige Fall liefert ein schlagendes Beispiel dafür, welchen Mißgriffen die Kritik ausgesetzt sein kann, selbst wenn sie ihrer Sache noch so sicher zu sein glaubt. Die Aenderung des locasset in locasses galt für zweifellos, cogitationis und remissa poena ward verdächtigt, und trotz des exspectaret der Handschrift, das doch in dem Verhältniß eines vom Schiffer abgeschlossenen Frachtkontrakts und bei der damit in so enger Verbindung stehenden Frage nach den rechtlichen Folgen des „Wartens“ (exspectare; man vergleiche einmal, wie oft es in unserem Handelsgesetzbuch vorkommt, s. z. B. Art. 568, 571, 575, 577 u. a.) so leicht zur Lösung des Räthsels hätte führen können, änderte man keck darauf los: speret, vectaret, praestaret u. s. w.

Das Resultat meiner Ausführung besteht darin: Labeo und Paulus behandeln dieselbe Frage, wie unser Handelsgesetzbuch in Art. 566. Dem Passus des letzteren:

„Der Verfrachter ist nicht befugt, ohne Erlaubniß des Befrachters die Güter in ein anderes Schiff zu verladen“

entsprechen die Worte von Labeo:

„Si merces .. in navem deteriorem, cum id sciret te fieri nolle transtulit ... habes ... actionem“.

Dem Passus des H.G.B.:

„für jeden Schaden verantwortlich, in Ansehung dessen er nicht beweist, daß derselbe auch dann entstanden und dem Befrachter zur Last gefallen sein würde, wenn die Güter nicht in ein anderes Schiff geladen worden wären“,

die Worte Paulus:

„Si modo ea navigatione utraque naris periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset“.

Dem Passus des H.G.B.:

„Auf Umladungen in ein anderes Schiff, welche in Fällen der Noth nach Antritt der Reise erfolgen, findet dieser Artikel keine Anwendung"

korrespondirt die Modifikation, welche Labeo seinem Prinzip hinzufügt:

„nulla necessitate coactus",

sowie die drei Fälle, durch welche Paulus dieselbe exemplifizirt:

nauta publice retentus
morbo impeditus
navis vitium fecit

nur der Unterschied findet Statt, daß das H.G.B. diese „Fälle der Noth" bloß „nach Antritt der Reise" zuläßt, während die beiden römischen Juristen dieselben bereits vor Antritt der Reihe statuiren.

IX.

§. 2 J. de usufr. (2. 4).

Während Ulpian in l. 15 §. 4, 5 de usufr. (7. 1) und l. 9 §. 3 usufr. quemad. (7. 9) und in der letzten Stelle auch Pomponius an den Kleidern den wirklichen Usufructus annimmt, statuirt die obige Stelle an denselben nur einen Quasiusufructus. Nach der heut zu Tage herrschenden Lehre sollen die beiden Ansichten sich nicht widersprechen, sondern es soll nach den besonderen Umständen des Falls an Kleidern bald ein eigentlicher, bald ein uneigentlicher Usufructus Statt finden (Puchta Pandekten §. 182). Zwischen den res, quae usu consumuntur und denen, quae usu non consumuntur soll es eine Mittelklasse von Sachen geben, „welche bald als verzehrliche und fungible, bald als Spezies, also bald als Gegenstände des eigentlichen Usufructus, bald als solche des Quasiusufructus vorkommen, wobei es auch auf die Willensmeinung bei

Begründung des Nießbrauchs ankommt" (Keller Pandekten §. 175), oder von Sachen, „welche durch ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch zwar nicht vernichtet, aber doch werthlos gemacht werden, wobei darauf zu sehen, ob der Verleihende den Nießbrauch als eigentlichen oder uneigentlichen gemeint habe" (Windscheid, Pandekten §. 206).

Ich halte diesen Versuch der Vereinigung der Quellenstellen für gänzlich unmöglich und zwar aus zwei Gründen, erstens weil die Art, wie jede der Stellen ihre Ansicht vorträgt, einer entgegen gesetzten gar keinen Raum läßt, und zweitens, weil eine derartige Duplicität der rechtlichen Behandlung einer und derselben Sache je nach Verschiedenheit der Umstände legislativ und praktisch Bedenken gegen sich hat, welche sie in meinen Augen geradezu unmöglich macht.

Die l. 15 § 4, 5 de usufr. (7. 1) und l. 9 §. 3 Usufr. qu. cav. (7. 9) von Ulpian lassen im Sinne ihres Verfassers für die Möglichkeit, an den Kleidern einen Quasiusufructus anzunehmen, keinen Raum. In der ersten Stelle betont der Jurist ausdrücklich, daß das Verhältniß ein völlig anderes sei als das bei einer „quantitas"; er verlangt vom Usufructuar, daß er sich der Kleider als „vir bonus" bediene, und untersagt ihm aus diesem Grunde das Vermiethen derselben und verwehrt den Gebrauch der „scenicae vestis" außer der Bühne. In der zweiten reservirt er die Ansicht des Pomponius, daß der Usufructuar aus der Kaution: „finito usufructu vestem reddi" für die bei ordnungsmäßigem Gebrauch der Kleider erfolgte Abnutzung der Kleider nicht zu haften habe. Hätte die römische Jurisprudenz einen Quasiusufructus an Kleidern für möglich gehalten, so konnten beide Juristen die Rechtsstellung des Usufructuars in jenem Fall nicht so kategorisch lediglich nach Grundsätzen des eigentlichen Ususfructus bemessen. Dazu kommt, daß der Titel, der speziell von dem Quasiusufructus

handelt (VII, 5), der Kleider gar nicht gedenkt; außer dem Gelde, von dem die meisten Stellen handeln, werden hier nur Sachen aufgeführt, die unzweifelhaft zur Kategorie der res, quae usu consumuntur gehören, nämlich in l. 7: vinum, oleum, frumentum, in l. 11: lana, odores, aromata.

In der Institutionenstelle wird dagegen der Quasiususfructus an Kleidern nicht etwa bloß als eine mögliche, sondern als die einzig denkbare Form des Verhältnisses hingestellt. Hae res, heißt es hier, neque naturali neque civili ratione recipiunt usumfructum, und am Ende der Stelle: ergo senatus non fecit earum rerum usumfructum — nec enim poterat — sed per cautionem quasi usumfructum constituit. In Bezug auf die übrigen in der Stelle genannten Gegenstände: „vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata" ist diese Behauptung ebenso richtig, wie in Bezug auf die „vestimenta" unwahr. Der Nießbrauch an Kleidern ist weder naturali ratione unmöglich, noch civili ratione ausgeschlossen, die Institutionen lehren also etwas zweifellos Unrichtiges.

Beide Ansichten werden in der Weise vorgetragen, daß sie sich gegenseitig ausschließen, die Pandekten lassen keinen Raum für die Institutionen und die Institutionen keinen für die Pandekten, eine Vereinigung derselben, bei der jede durch Zuweisung eines besonderen Anwendungsgebiets theilweise aufrecht erhalten wird, widerstreitet dem Sinn beider Stellen, denn jede will ausschließlich für sich gelten, nicht neben der andern. Zwei Stellen, die in diesem gegenseitigen Ausschließungsverhältniß stehen, heben sich gegenseitig auf, wovon denn die Folge ist, daß die Wissenschaft freie Hand bekommt und die Frage so entscheidet, als ob sie in den Quellen gar nicht berührt worden wäre; im vorliegenden Fall würde damit die Frage zu Gunsten des wirklichen Nießbrauchs entschieden sein.

Wäre aber eine Vereinigung der beiden Stellen auch an sich statthaft, so würde doch der mitgetheilte Versuch derselben meines Erachtens die größten Bedenken gegen sich haben, und ich würde einem früheren Vereinigungsversuch, der heutzutage merkwürdiger Weise völlig verschollen ist, entschieden den Vorzug geben. Er findet sich in der Ausgabe des Theophilus von Reitz zu dieser Stelle und besteht darin, daß die Institutionenstelle auf Kleiderstoffe, die Pandektenstelle auf Kleider zu beziehen sei. Die Unterscheidung ist sachlich vollkommen richtig, und der einzige Einwand, der ihr gemacht werden kann, besteht darin, daß die Verfasser der Institutionen, wenn sie den Ausdruck vestimenta in dem beschränkten Sinn von Kleiderstoffen hätten gebrauchen wollen, dies durch einen Zusatz hätten andeuten müssen. Gegen die dogmatische Richtigkeit jener Unterscheidung läßt sich nichts einwenden; ein neueres Gesetzbuch könnte dieselbe ohne allen Anstand adoptiren.

Mit dem oben erwähnten modernen Vereinigungsversuch verhält sich dies aber völlig anders; das Resultat, das er zu Wege bringt, ist ein derartiges, daß eben so sehr die Theorie wie die Praxis Grund hat, es mit Protest zurückzuweisen. Ein scharfer Unterschied, der sich didaktisch ebenso leicht klar machen, wie praktisch leicht handhaben läßt, wird dadurch in einer Weise verwischt, daß jeder feste Anhalt zur ferneren Aufrechthaltung desselben verloren geht, so daß weder der Lehrer des Rechts im Stande sein wird, ihn seinen Schülern zu formuliren und zu definiren, noch den Praktiker, ihn im einzelnen Fall zur Anwendung zu bringen.

Der Unterschied der res, quae usu consumuntur und non consumuntur bestimmt sich nicht darnach, ob eine Sache durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch affizirt, sondern konsumirt, vernichtet wird. Jede Sache mit Ausnahme von Grund und Boden wird durch den Gebrauch abgenutzt, selbst

das Haus, selbst Metallsachen. Bei der einen Kategorie von Sachen erfolgt die Abnutzung früher, bei der andern später; Kleider werden früher abgenutzt als Meubeln, aber selbst eiserne Töpfe, Lokomotiven, Rasirmesser haben ihre Zeit, innerhalb deren sie dem Gebrauch erliegen. Sollte dieser Umstand ausreichen, an Stelle des wirklichen Ususfructus den Quasiususfructus zu begründen, so würde die Kategorie der res, quae usu non consumuntur auf Grund und Boden zusammenschrumpfen. Wo ist die Gränze zwischen dem Mehr und Weniger, zwischen dem Früher und Später? Es würde nicht schwer sein, eine Skala von Sachen zusammen zu bringen, bei denen die Abnutzungszeit sich von einigen Wochen bis zu hundert Jahren steigert; wo soll hier der Quasiususfructus aufhören und der eigentliche Ususfructus beginnen? Ein Pelzrock hält länger vor als gar manche Maschine, ein neuer Ueberzieher vom besten Stoff länger als ein alter Pelzrock; welchen Anhalt hat der Richter, um zu bestimmen, ob er bei ihnen den eigentlichen oder uneigentlichen Nießbrauch annehmen soll?

Nein! Der römische Gegensatz der beiden obigen Kategorieen nimmt auf dieses schwankende Moment der Abnutzung nicht die geringste Rücksicht, und er konnte es nicht, ohne ihn selber aufzuheben. Das Entscheidende ist lediglich der Umstand, ob der einmalige bestimmungsmäßige Gebrauch die Sache in ihrer bisherigen Existenzform vernichtet; jede Sache, die einen mehrmaligen Gebrauch verstattet, gehört zu der res, quae usu non consumuntur. Wenn zu dem „consumuntur" noch der Zusatz „vel minuuntur" hinzugefügt wird (Tit. VII, 5 de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur l. 1 ibid.), so ist dabei nicht an die Abnutzung zu denken, die ja auch keineswegs stets mit „minui" zusammenfällt, sondern an Quantitäten verbrauchbarer Gegenstände. Das minui ist hier ebenfalls consumere; die Masse wird verringert dadurch, daß das einzelne Stück konsumirt wird, die Bedeutung

des Einflusses, den dies partielle Konsumiren auf die ganze Masse ausübt, ist ohne alles juristische Interesse, das Entscheidende ist der Einfluß, den die Benutzung auf den Gegenstand ausübt, der dadurch unmittelbar betroffen wird, die Flasche Wein, die man vom Lager, das Stück Brennholz, das man vom Haufen nimmt, wird konsumirt; daß der Gesammtvorrath dadurch um so viel kleiner wird, ist gleichgültig.

Ich gelange dadurch zu dem Resultat, daß die heutzutage beliebte Vereinigung der Institutionen und Pandekten bei unserer Frage unmöglich ist, da sie den Gegensatz der obigen beiden Kategorieen an Sachen aufheben und uns damit der Möglichkeit einer gesicherten Handhabung des Unterschiedes vom eigentlichen und uneigentlichen Nießbrauch berauben würde.

Wie sind die Verfasser der Institutionen dazu gekommen, die „vestimenta" mit aufzuführen? Ich erkläre es mir in folgender Weise. In der Quelle, der sie dasselbe entnahmen, hatte ursprünglich gestanden:

„vinum, oleum, frumentum, esculenta"

aber durch Verhören des Abschreibers ward aus dem ihm diktirten esculenta vestimenta, und die Verfasser der Institutionen waren gedankenlos genug, diese in ihrem Exemplar sich findende Lesart zu adoptiren, was aus Theophilus unzweifelhaft hervorgeht, während die Verfasser der Basiliken (XVI, 5) so verständig waren, das Beispiel der Kleider nicht mit aufzunehmen. Unter den esculenta sind die gesammten eßbaren Vorräthe, nicht bloß die Tageskost zu verstehen, wofür ich theils auf das arg. a contrario der l. 18 de off. praes. (l. 18) theils auf das Zeugniß von Scaevola bei Gellius IV 1. 17 Bezug nehme, Penus, sagt er, est, quod esculentum aut potulentum est .... Quae ad edendum bibendumque in dies singulos prandii aut coenae causa parantur, penus non sunt, sed ea potius, quae hujusce generis longae usionis gratia contrahuntur (comparantur?) et reconduntur.

X.

l. 24 §. 2 Quod vi aut clam (43, 24).

Venulejus lib. 2 Interdictorum. Si ad januam meam tabulam fixeris et ego prius quam tibi denunciarem, refixero, deinde invicem interdicto quod vi aut clam exegerimus: nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut exceptionem mihi profuturam, si non vi nec clam nec precario feceris.

Wegen der bisherigen Erklärungen dieser Stelle verweise ich auch Stölzel, Die Lehre von der Operis novi nunciatio S. 407 u. fol. Dieselben sind meines Erachtens völlig verfehlt, auch die, für welche der letztgenannte Schriftsteller sich ausspricht, daß bei der „tabula“, welche der Eine hier an die Thüre des Andern geheftet hat, an die griechische Sitte der ὅροι („tituli“, Tit. Cod. II 16: Ut nemo privatus titulos praediis vel suis vel alienis imponat) d. i. der Eigenthums- oder Pfandrechtstitel zu denken sei. Denn wenn irgend Jemand eigenmächtig einen solchen Titel an mein Haus heftet — und daß es von einem dazu Berechtigten geschehen sei, ist ja in der Stelle mit nichts angedeutet — so wird doch wohl Niemand bezweifeln, daß ich das Recht habe, den Anschlag zu entfernen, und daß Jenem dieserhalb nicht das interd. quod vi aut clam zustehe, wie es ihm in der Stelle gegeben wird.

Die Schwierigkeiten der Stelle heben sich, wenn man sich den Fall in folgender Weise denkt. Es handelt sich um die Handlung des Vermiethers gegen den Miether; er vernagelt ihm die Thür, vielleicht um sich in Bezug auf die Gefahr, daß der Miether die Invekten und Illaten bei Seite schaffe, den Miethzins zu sichern, (l. 9 In quib. c. pign. (20, 2) .. antequam pensionis nomine percludamur) vielleicht auch aus einem andern Grunde (ein Beispiel s. in l. 20 pr. ib.). Dem Miether steht an sich das interdictum quod vi aut clam zu, l. 11 §. 14,

l. 12 h. t., ebenso dem Vermiether, möge er zugleich im Hause wohnen oder nicht, l. 16 pr. ib. Jedem Andern gegenüber wäre nun der Miether formell und materiell in seinem Recht gewesen, wenn er die Bretter sofort wieder entfernt hätte, ein interdictum quod vi aut clam gegen ihn in diesem Fall wäre ganz undenkbar gewesen. Anders aber dem Vermiether gegenüber, dessen Vornahmen mit seinem Hause er selbst dann zu respektiren hat, wenn sie in seine kontraktlichen Rechte eingreifen. Indem er die Bretter eigenmächtig entfernt, begeht er formell einen Eingriff in dessen Rechtssphäre, ein „vi factum", und dieser formelle Gesichtspunkt ist für die Zuständigkeit der Klage der entscheidende. So konnte dem Eigenthümer gegen ihn das interdictum nicht versagt werden. Allein da anderseits er selber sich dem Miether gegenüber eines „vi factum" schuldig gemacht hatte, so mußte auch ihm das Interdikt („invicem interdicto exegerimus") oder die entsprechende Einrede („exceptionem profuturam") gegeben werden. Kommt es zur beiderseitigen Klage, und besteht der Vermiether darauf, daß der Miether verurtheilt werde, so wird der Erfolg dieser Verurtheilung dadurch paralysirt, daß der Vermiether als Beklagter dem Kläger aufs Interesse verurtheilt wird („quanti mea intersit") d. h. das wieder herausgeben muß, was er von ihm erhalten hat. Erst dadurch wird das „restituere", dessen sich der Vermiether geweigert hat, indem er zur Freisprechung des Miethers seine Zustimmung nicht geben wollte, bewirkt („nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te, quasi rem non restituas"), der Erfolg der beiderseitigen Gewaltthätigkeit ist gegen einander ausgeglichen, keiner der beiden Theile hat etwas gewonnen und verloren, die Sache ist auf den alten Stand vor der Gewaltthat des Vermiethers zurückversetzt — res restituta est.

X.

Ueber die s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis.

In Anknüpfung an Leist's Darstellung in der Forts. von Glück's Kommentar d. Pand., Serie der Bücher 37 und 38, Band II S. 177—242 (1873).

Von

Dr. **Franz Schröder**, Privatdozenten in Heidelberg.

An früheren Arbeiten sind benutzt: Marezoll, Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proz. II S. 62 ff. (1829). Steppes, die Transmission d. Erbschaft nach röm. Recht (1831). Vangerow, Arch. f. civ. Prax. XXIV S. 180—187 (1841). Mühlenbruch, Forts. v. Glück XLIII S. 157 ff. (1843). Mayer, Erbrecht I §. 113 (1840). Brinz, Pand. Abth. II §. 195 unter 5 (1860). Köppen in Ihering's Jahrb. f. Dogm. V S. 148 ff. (1861) und Syst. d. Erbrechts I §. 10 S. 364 ff. (1864). Windscheid, Pandekten III §. 600 unter 3 (1870).

Die dem klassischen Recht angehörigen Fälle einer Transmission der Erbschaft, welche unter der Bezeichnung „transmissio ex capite in integrum restitutionis“ zusammengefaßt zu werden pflegen, sind in jüngster Zeit von Leist eingehend im Zusammenhang seines neuen Werks über die bonorum possessio dargestellt (Forts. v. Glück's Komm. Band II). Wir knüpfen an Leist's Ausführungen, über die wir Bericht erstatten, an, unternehmen aber die Begründung einer neuen, abweichenden

Ansicht. Dies wird uns mehrfach veranlassen, auf frühere Bearbeitungen bis hinauf zu der Abhandlung von Marezoll Rücksicht zu nehmen; wegen der älteren Literatur ist auf die reichhaltigen Nachweise bei Mayer §. 113 Anm. 22 zu verweisen.

Es sind namentlich zwei Fragen, an welche die wissenschaftliche Bewegung in dieser Lehre anknüpft. Bildet in allen von den Quellen dargebotenen Anwendungen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Form, in welcher die Erbschaft den Erben des Berufenen zugänglich gemacht wird? Dies war schon von Früheren für die Fälle bestritten, bei denen man von einem rechtlichen Hinderniß (der Delation oder des Erwerbs) spricht; Leist stellt die utiles actiones und die bonorum possessio decretalis, welche hier die Transmission vermitteln sollen, der bei thatsächlichen Hindernissen Platz greifenden Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf das Schärfste entgegen: es sollen zwei völlig von einander unabhängige, auch im materiellen Recht zu unterscheidende Institute vorliegen. — Größer noch ist das wissenschaftliche Interesse bei der Frage, inwiefern die Entscheidungen der Quellen die Ableitung eines allgemeinen Prinzips gestatten. Während zu den verschiedensten Zeiten einzelne Gelehrte an den gegebenen Fällen sei es durchweg, sei es in Anwendung auf thatsächliche oder umgekehrt auf rechtliche Hindernisse festhalten wollten (vergl. Mayer a. a. O. Anm. 22), läßt die herrschende Meinung noch heutzutage Transmission überall eintreten, wo der Erwerb durch einen Umstand gehindert wurde, der für den Berufenen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründet haben würde, wenn dieser in Folge desselben die Erwerbsmöglichkeit verloren hätte. Leist hält auch bei dieser Frage an der Sonderung der beiden Arten von Hindernissen fest, er will in weitem Umfange bei den faktischen, weniger bei den rechtlichen Hindernissen generalisiren.

Die folgende Ausführung folgt Leist insoweit, als sie vorerst (I und II) bei Besprechung der einzelnen in den Quellen vorliegenden Entscheidungen die beiden Klassen von Hindernissen auseinanderhält, mit Vorbehalt späterer Würdigung dieser Eintheilung. Bei der Gruppirung der rechtlichen Hindernisse wird sie einen selbständigen Weg einschlagen, der in der Folge zu einer abweichenden Beantwortung der zweiten obigen Frage führt. — Die unter III anzuknüpfenden Erörterungen wollen darthun, daß die vorliegende Transmission durchaus auf der Grundlage der Wiedereinsetzung ruht und völlig regelmäßig ausgebildet ist. Durch diese Aufgabe wird die Ordnung der Ausführung bestimmt; die beiden vorhin angegebenen Fragen finden innerhalb derselben ihre Beantwortung.

I. Thatsächliche Erwerbshindernisse.

Die Erörterung der bezüglichen Entscheidungen nimmt regelmäßig — so auch bei Leist — den Ausgang von l. 1 C. de rest. mil. 2. 51. Indessen verdient bei der Stelle nur Eins hervorgehoben zu werden. Die Schlußworte „si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est" legen gewiß nicht darauf den Nachdruck, daß der Delat nach abgelaufener Frist zur Erbittung der bonor. possessio gestorben sein müsse: damit ergäbe sich in der That ein Widerspruch mit l. 86 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2. Vielmehr ist das „in militia defungi" zu betonen. Grund des Anspruchs auf Wiedereinsetzung ist doch, daß der Berufene Soldat war: eben diese seine Eigenschaft soll noch zur Zeit seines Todes, damit in dem den Kaisern vorgetragenen einzelnen Falle bei Ausgang der Agnitionsfrist, bestanden haben. (So anscheinend auch Brinz S. 824.) Zur Bestätigung dienen die Basiliken X 33 c. 1:

— ἐὰν — ἔτι ἐν τῇ στρατείᾳ ὑπάρχων ἐτελεύτησεν.

Die l. 86 pr. cit. selbst, deren textliche Ergänzung sachlich nicht zweifelhaft sein kann (Leist S. 182 f., Mühlenbruch S. 160), beweist unmittelbar die Möglichkeit einer auf dem Wege der Wiedereinsetzung vermittelten Transmission wegen thatsächlichen Erwerbshindernisses — zunächst wegen Abwesenheit des Berufenen in Staatsgeschäften.

Aeußerlich begründet die l. 86 pr. cit. die den Erben des Delaten zugestandene Restitution durch den Hinweis auf ein Reskript von Pius: man findet es mit Recht sehr wahrscheinlich, daß wir dieses in l. 30 pr. eod. besitzen. Trotz mancher Unterschiede (vgl. Vangerow S. 187) bieten die hier wie dort entschiedenen Fälle Berührungspunkte genug, welche Papinian's Argumentation rechtfertigen. Neben die Verwandtschaften, die man hervorzuheben pflegt (Leist S. 185 f.), möchte ich eine besonders wichtige stellen. Beide Fälle weisen einen eigenthümlichen Kausalzusammenhang zwischen der den Restitutionsgrund abgebenden Abwesenheit und dem Verluste der (jetzt wiederherzustellenden) Erwerbsmöglichkeit auf. Unmittelbar hat weder hier noch dort die Abwesenheit den Verlust herbeigeführt, der Erwerb — insbesondere die Agnition der bonor. possessio — war bis zum Tode des Abwesenden möglich. Erst sein Tod hat vermöge der Gebundenheit der Delation an das Individuum den Erwerb vereitelt. Trotzdem ist die einige Zeit vor dem Tode beginnende, bis zu diesem sich fortsetzende Abwesenheit der Grund des Verlusts: es hebt den Kausalzusammenhang nicht auf, daß der Erwerb ohne das Hinzutreten des Todes nicht unmöglich geworden wäre. Denn sicher läßt sich sagen: der Tod würde eine solche Folge nicht gehabt haben, wenn nicht eben die Abwesenheit den erwähnten Zeitraum hindurch die Erwerbshandlung verhindert hätte. Ich verweise wegen dieser Seite im Begriff des Kausalzusammenhangs auf

F. Mommsen, Interesse S. 141—145. S. 164 f. Dazu Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 542 f.

Von besonderer Bedeutung ist noch ein Punkt in Leist's Bemerkungen zu l. 86 cit.: ich meine den Versuch einer tieferen Begründung der vorliegenden Transmission, — einer Begründung, welche die vom Recht der Restitution aus erhobenen Bedenken rücksichtlich des Erfordernisses einer Verletzung zu erledigen scheint.

In mehreren Anwendungen wird in den Quellen der Fall besprochen, wo ein ohne Mit- oder Nacherben eingesetzter suus heres nicht erwerben kann, so lange nicht ein bestimmter Anstand beseitigt ist: stellt sich hier der Erbschaftserwerb im Zeitpunkt des Todes des Eingesetzten als unmöglich dar, so ist das Testament destitut, der Eingesetzte erwirbt sterbend die Erbschaft als gesetzlicher Erbe. Die Anstände sind diese: es ist Ruption des Testaments durch einen Postumus zu befürchten, und dieser ist beim Tode des Eingesetzten noch nicht geboren, — ein Haussohn ist unter einer Potestativbedingung eingesetzt, die in der Todesstunde nicht erfüllbar ist (Afric. l. 16 D. de lib. 28. 2. Marcell. l. 5 D. de her. instit. 28. 5. Papin. l. 28 D. de cond. instit. 28. 7). Eben diesen Gedanken verwendet Leist zur Begründung der Transmission bei thatsächlichem Hinderniß: vermöge desselben erscheint die Möglichkeit der Antretung als in dem Zeitpunkt verloren, wo der Berufene bei fortdauerndem Hinderniß stirbt; gleichzeitig aber wird noch für den Sterbenden das Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründet.

Ist die Auffassung stichhaltig, so verliert damit die Transmission ex capite in integrum restitutionis jedenfalls den vermeintlichen Anstrich des Singulären: denn nun ist es nicht wahr, daß gegen einen Verlust restituirt würde, von welchem nicht schon der Delat getroffen war. Und in der That spricht

die Analogie jener quellenmäßigen Entscheidungen nicht wenig für die Berechtigung von Leist's Aufstellung.

Dennoch will diese nicht vollkommen befriedigend erscheinen. Freilich bieten, wie bemerkt wurde, die Quellen selbst in einzelnen Anwendungen die zur Hülfe genommene Auffassung dar; aber läßt sich in allen Fällen sagen, daß zu einem bestimmten Zeitpunkt vor dem Tode das Erlöschen des Lebens eine unabwendbare Nothwendigkeit wäre? Befremdend bleibt auch, daß man den noch lebenden Delaten einen Anspruch auf Wiedereinsetzung gegenüber einem Verluste gewinnen läßt, den das bestehende Hinderniß erst unter Mitwirkung des Todes herbeiführen konnte. Und wenn eine solche Auffassungsweise der Annahme ausweichen will, als entstehe der Wiedereinsetzungsanspruch erst in der Person des Erben, so ist doch klar, daß der in der Todesstunde begründete Anspruch nur um der Vererbung willen Bedeutung hat. — Es dürfte hiernach kaum Zufall sein, daß Papinian seine Entscheidung in l. 86 pr. cit. nicht mittelst jenes Gedankens begründet hat, obwohl ihm dieser nach l. 28 D. de cond. inst. 28. 7 geläufig war.

Weichen wir aber gleich hierin von Leist ab, so bestreiten wir doch auch unserseits, daß die in Rede stehende Transmission eine singuläre Natur hätte. Zur Begründung werfen wir einen Blick auf die Erfordernisse der Wiedereinsetzung.

Von der als vorhanden zu denkenden Voraussetzung eines thatsächlichen Erwerbshindernisses, als Restitutionsgrundes, ist bisher gesprochen. Ferner liegt vor, daß dem Berufenen deferirt ist: eben die Vereitelung des deferirten Erwerbs stellt die für die Restitution erforderliche Verletzung her. Nun ist freilich diese Vereitelung bei Lebzeiten des Berufenen nur erst wegen des Hindernisses zu befürchten. Allein eben mit Rücksicht hierauf ist doch anzuerkennen, daß der Thatbestand, welcher die Unterlage der Wiedereinsetzung bildet, bereits in der

Entwicklung begriffen ist: gefährdet ist die Aussicht auf den Erwerb schon vor dem Tode, nur die Vollendung der Verletzung erfolgt im Tode. Ist dies wahr, so hat es nichts Regelwidriges, daß der Anspruch auf Wiedereinsetzung in der Person der Erben zur Entstehung kommt. Wenn die entgegengesetzte Auffassung von einer scharfen Sonderung der Personen des Erblassers und des Erben ausgeht, so übersieht sie das Wesen der Erbfolge. Es muß bei Lage der Quellen Ernst gemacht werden mit dem Satze, daß „auf den Erben nicht blos die fertigen Rechtsverhältnisse des Erblassers übergehen, sondern auch die erst in der Entstehung begriffenen" (Windscheid III §. 605 bei Anm. 2). Letzterem Begriffe aber ordnet sich bestimmt jenes bis zum Tode des Delaten in der Entwicklung begriffene, in eben diesem Moment fertige Recht auf Restitution unter. So wenig daher abgesehen von der Frage nach der Fortdauer des Besitzes etwas Singuläres in dem Satze liegt, daß die vom Erblasser begonnene Ersitzung sich nach dessen Tode vollenden kann, so wenig darf in unserm Falle die Entstehung des Anspruchs auf Restitution in der Person der Erben regelwidrig genannt werden.

Man wird nicht einwerfen, daß die Delation eine auf die Person des Delaten beschränkte Erwerbsmöglichkeit ist: folgte daraus etwas, so könnte auch nicht der schon in dessen Person fertige Anspruch auf Wiederherstellung einer erloschenen Berufung vererben. Grade die Natur der von uns in's Auge gefaßten Restitutionsgründe — Thatsachen, welche den Delaten bis zum Tode am Erwerb hinderten — macht es zur Aufgabe des billigen Rechts, daß zu Gunsten der Erben von jener Schranke im Begriff der Delation abgesehen werde. — Noch kann man uns Papinian's Bemerkung in l. 86 pr. cit. entgegenhalten, „stricto jure" sei eine Wiedereinsetzung nicht begründet, weil beim Tode des Berufenen die Frist zum Erwerb

der bonor. possessio noch lief. Hier ist zu erwidern: die gewöhnliche Erscheinung des Instituts ist die, wonach die Verletzung in der Person des Berechtigten selbst zu Stande kommt; das Dasein eines festen Rechtssatzes für die uns interessirenden seltneren Fälle konnte sich leicht dem Bewußtsein des einzelnen Juristen entziehen. So mochte Papinian für ein wesentliches Merkmal im Gattungsbegriff nehmen, was nur Kennzeichen einer Arterscheinung ist.

Die hier berührte Frage, ob die Transmission ex capite in integrum restitutionis eine regelwidrige Natur hat, ist nicht ohne Bedeutung. Aus ihrer Verneinung erwächst die Nothwendigkeit, rücksichtlich der zweiten Klasse von Hindernissen zu prüfen, wie sie sich dem System der Restitutionsgründe einordnen. Für Leist freilich, der bei der Transmission wegen rechtlicher Hindernisse von einer Restitution nicht gesprochen wissen will, hat diese Aufgabe nicht bestanden.

Uebrig bleibt die Frage, inwiefern die in l. 86 pr. cit. für den Fall der Abwesenheit in Staatsgeschäften gegebene Entscheidung eine Ausdehnung über den von Papinian vorgelegten Thatbestand hinaus zuläßt. Wir stehen nicht an, den Ausführungen von Leist (S. 186—193) beizupflichten. Daß das in der Stelle vom Verlust der deferirten bonor. possessio Gesagte auf die civile Erbfolge zu übertragen, daß die Thatsache der für den Berufenen ohne dessen Wissen durch einen Vertreter vorgenommenen Erwerbshandlung außerwesentlich ist, fällt in die Augen. Ferner halten wir es mit dem Verfasser für gleichgültig, ob die Abwesenheit den Berufenen gehindert hat, von der Delation Kenntniß zu nehmen, oder ob sie ihm die Entscheidung über den Erwerb unmöglich gemacht hat.

Zur Begründung aller dieser Sätze genügt Eine Bemerkung: der Ausspruch der l. 86 cit. trägt — zumal abgesehen von

der oben berührten Begründung mittelst des Reskripts in l. 30 pr. D. eod. — nichts Singuläres an sich; wir dürfen daher die auf den berührten Punkten uns entgegentretenden Merkmale des einzelnen Falls als zufällige behandeln.

Die nämliche Erwägung muß bei der Frage nach den maßgebenden Restitutionsgründen den Ausschlag geben. Es ist nicht zu erkennen, warum der Ausspruch in l. 86 pr. cit. nur für Abwesenheit in Staatsgeschäften gelten sollte: jedes den Delaten treffende äußere Hinderniß, sofern es den Bedingungen eines die Wiedereinsetzung rechtfertigenden Grundes genügt, hat die gleiche Behandlung zu erfahren. Auch im Fall des Zwangs und wegen Minderjährigkeit — so Leist — hat Transmission einzutreten. — Wir nehmen diese Frage nach dem Umfange des Instituts unter III. C. wieder auf; dort ist bezüglich der rechtlichen Hindernisse die gleiche Untersuchung anzustellen.

II. Rechtliche Hindernisse der Delation oder des Erwerbs.

Die auf vermeintliche Verwandtschaften gegründete Aufeinanderfolge, in welcher Leist die hieher zu stellenden Hindernisse behandelt, ist diese: erwarteter Postumus — Ungewißheit der Rechtsfähigkeit des Erblassers — das Verbot des SC. Silanianum — Ungewißheit der Aechtheit des Testaments wegen Prozesses über Testamentsfälschung — der einem Erbprätendenten auf Grund des Carbonianischen Edikts ertheilte Erbbesitz. Leist verkennt — Gleiches gilt von allen früheren uns bekannten Darstellungen der Lehre —, daß diese Vorkommnisse in zwei Klassen auseinanderfallen. Im ersten, zweiten und vierten Fall erscheint entsprechend den Grundsätzen des jus commune die Delation oder der Erwerb gehindert durch eine bloße Ungewißheit sei es der Delation überhaupt, sei es des Delationsgrundes, — im dritten und fünften Fall schafft das

Recht aus singulären, außerhalb der Aufgaben der Erbfolge liegenden Rücksichten Hindernisse der Delation oder des Erwerbs.

Damit steht ein erheblicher Unterschied der Rechtssätze in Verbindung: bei der ersten Klasse wird nur bestimmten Personen, — bei der zweiten wird allgemein geholfen.

Man wird uns nicht mißverstehen, wenn wir die Grundsätze über die auf die Delation bezügliche Ungewißheit dem jus commune zuschreiben. Befremden mag es, daß schon eine solche Ungewißheit (der Zweifel) ein Hinderniß des Erwerbs bilden soll; unbedingt aber lehrt ein Blick in den Digestentitel de adquirenda vel omittenda hereditate, daß die römischen Juristen den Satz aus dem Wesen des Erwerbswillens ableiten. Vergl. auch l. 76 D. de R. J. 50. 17 und die Darstellung bei Vangerow, Pand. II §. 498.

Im Folgenden wird die vorhin empfohlene Eintheilung zu Grunde gelegt.

A. Ungewißheit des Daseins oder des Grundes der Delation.

1. Wird ein im Testament übergangener Postumus erwartet, welcher suus des Erblassers sein würde, so hindert dies bei wirklich vorhandener Schwangerschaft wegen der möglichen Ruption des Testaments die Delation: l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2; irrige Annahme der Schwangerschaft oder auch nur Zweifel über dieselbe hindert für jeden eingesetzten Erben, der nicht selbst suus ist, den Erwerb der hereditas wie der bonor. possessio. Leist (im Ganzen S. 196—214. S. 238) nennt den im ersten Fall eintretenden Aufschub des Anfalls eine Bestimmung der zwölf Tafeln, er spricht von einem positiven Verbot dieser Gesetzgebung, welches die Delation sowohl der hereditas wie der ediktalen bonor. possessio hinaus-

geschoben haben soll. Von allem dem ist nichts zuzugeben. Die l. 3 §. 6 D. de suis et legit. 38. 16 lehrt nur, auf Grund der zwölf Tafeln werde der Ungeborne — was gewiß nicht singulär — zur gesetzlichen Erbfolge zugelassen; das Einzelne seiner Berücksichtigung bei der Erbfolge beruht auf Juristenrecht. (Vergl. die bei Leist citirten l. 3 pr. D. si pars 5. 4. l. 30 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2.) Dies gilt vor Allem von dem erwähnten Aufschub der Beerbung aus dem Testament, mit Rücksicht auf die für den Fall seines Erscheinens in Aussicht gestellte Notherbfolge: war doch von einer solchen zur Zeit der Decemvirn noch überall nicht die Rede. Daß man hier bei wirklicher Schwangerschaft die Delation aussetzte, geschah wohl bestimmt darum, weil das Eintreten des Nachgebornen den letzten Willen ipso jure vernichtete: ein Recht, das mit Energie die Beerbung zu einer dauernden Nachfolge ausgestaltet, wird in solchem Fall dem Testament bis zu erfolgter Entscheidung die Wirksamkeit versagen. Dort also ist die Delation objektiv ungewiß; freiwillige Erben aber sollen (l. 84 cit.) schon bei subjektiver Ungewißheit über die Delation nicht antreten können (— non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnatem sciant).

Es muß also dabei bleiben: der vorliegende Aufschub bald der Delation, bald des Erwerbs enthält keine Abweichung von den regelmäßigen Grundsätzen des Erbrechts. Damit gewinnen die uns bei dieser Anwendung der Transmission dargebotenen klaren Aussprüche der Quellen ein vorzügliches Gewicht.

Mit der Frage, ob den im Testament eingesetzten liberi und ob einem extraneus schon vor Beseitigung des Hindernisses zu helfen sei, beschäftigen sich Pap. l. 84 cit. Paul. l. 4 §. 3 D. de B. P. co. tab. 37. 4. Erstere Stelle läßt bei thatsächlich nicht bestehender Schwangerschaft den eingesetzten suus auch

ohne sein Wissen Erbe werden (vergl. l. 3 §. 10 D. de suis 38. 16); beide Fragmente ertheilen vor entschiedener Sache dem suus wie dem Emancipirten eine bon. poss. contra tabulas (commisso per alium edicto). Nach l. 84 cit. ist diese eine decretalis, und sie wird gewährt quia, sive frater ei (sc. filio) nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est. Dieselbe Begründung enthält l. 4 §. 3 cit. Daß danach dem eingesetzten extraneus eine decretalis bon. poss. nicht zu Theil wird, behaupten mit Recht Leist und Frühere (Marezoll S. 66 f. Mühlenbruch S. 309 ff. Mayer §. 113 Num. I). Einen Beweis dafür gewähren l. 3 §. 32 D. de SC. Silan. 29. 5. l. un. §. 8 D. si mulier ventris 25. 6, — Stellen, welche unten im Zusammenhang mit der entsprechenden Transmission zu besprechen sind.

Ich theile jetzt Leist's Ansicht über die Natur der besprochenen bonor. possessio mit; erst danach komme ich zu der mit l. 4 §. 3 cit. eng verbundenen l. 5 eod. und zu der eigenthümlichen Auffassung, welche der Verfasser bezüglich der Stelle vertritt.

Das Bedürfniß einer prätorischen Hülfe, wie es nach Obigem für den eingesetzten Sohn besteht, wird in l. 4 §. 3 cit. in die Worte gefaßt: ut et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Darin hätte man nach Leist (S. 208 ff.) einen wirklichen Erwerb der Gesammtnachfolge, der ungeachtet des Erwerbshindernisses vor sich gegangen wäre, nicht zu finden; vielmehr wäre s. Z. noch immer die ediktale bonor. possessio vom Erben des Berufenen zu erbitten gewesen. Die Willenserklärung des Letzteren nebst der entsprechenden magistratischen Zusicherung hätten dafür nur die Möglichkeit geschaffen; zur Annahme verpflichtet wäre der Erbe nicht gewesen. Leist sieht demnach, abweichend von der bisherigen Lehre, schon in der

decretalis bon. poss. selbst eine wahre erbrechtliche Transmission der bon. 'poss. ordinaria.

Das ist gewiß kein glücklicher Gedanke. Einen äußeren Beweis sollen die mitgetheilten Worte der l. 4 §. 3 cit. bieten: nach sprachlichen Gesetzen sollen diese sagen, daß der Erbe in der richtigen Frist das beneficium bonor. possessionis nachsuchen könne. Man hat nicht zuzugeben, daß die Worte diesen Sinn haben müßten. Mit „hereditas" kann (neben dem ererbten Vermögen) die Thatsache des Erbeseins so gut bezeichnet werden, wie die des Erbewerbens: Stellen bei Brinz Abth. II §. 152. Windscheid III §. 528 Anm. 3. §. 536 Anm. 3. §. 605 Anm. 10. Warum soll nicht auch der für die prätorische Gesammtnachfolge übliche Ausdruck bonorum possessio (dann aber auch bonor. possessionis beneficium) beide Bedeutungen in sich vereinigen? Ist doch bei l. 3 §. 3 D. de Carb. ed. 37. 10. verb. „finiretur bonorum possessionis emolumentum" nur an die erworbene Erbenstellung zu denken, und ähnlich wird in l. 2 §. 8 D. de B. P. sec. tab. 37. 11 von einem adcrescere der bonorum possessio mit dem Hervorheben gesprochen, daß es einer (neuen) Erwerbshandlung nicht bedürfe. Dazu kommt, daß eben der Gedanke, welchen die von Leist angerufenen Worte der l. 4 §. 3 cit. zum Ausdruck bringen, in der den gleichen Fall behandelnden l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2 so wiedergegeben wird: — nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Und bei dem verwandten Fall der ungewissen Rechtsfähigkeit des Erblassers gebraucht l. 1 §. 1 D. ad SC. Tertull. 38. 17 die Worte: — an — succurri eis per praetorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant. Gewiß denkt Jeder bei beiden Stellen an ein Hinterlassen des erworbenen Vermögens.

Leist weist weiter darauf hin, daß auch bei der bon. poss.

Carboniana, furiosi nomine und der missio ventris nomine neben dem die provisionelle Besitzeinweisung gewährenden Dekret die Erbittung der ordinaria bon. possessio erforderlich war, sogleich oder nach erledigtem Delationshinderniß. Das beweist nichts. In den beiden letzten Fällen wird die Erscheinung dadurch erklärt, daß das Erbitten der decretalis bonor. possessio nicht auf dem Willen des Berufenen beruhte, sondern auf dem eines Andern. (So begründet Leist selbst das Vorkommen des Dekrets, III S. 47.) Der Fall des Carbonianischen Edikts hat an sich für unsere Frage wenig Bedeutung, da hier die Frist der ordinaria bon. possessio vom Augenblick der erfahrenen Delation lief; zudem ist bei ihm die gesonderte ordinaria bon. possessio daraus zu erklären, daß die Wohlthat jenes Edikts mit der Pubertät des Kindes endet, auch nicht die vollen Rechte der bon. possessio gewährt (l. 3 §. 13 D. de Carb. ed. 37. 10).

Es gibt eine bon. possessio, welche der decretalis unserer Transmissionsfälle näher steht, als die jetzt besprochenen Institute: ich meine die, welche bei bedingter Einsetzung Zwecks provisorischen Erwerbs ertheilt wird. Bei dieser aber kommt ein nochmaliges Erbitten der bon. possessio, nach erfüllter Bedingung, nicht vor. (Arg. l. 3 §. 13 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 2 §. 1 D. de B. P. sec. tab. 37. 11.) Nach Leist wäre dies Folge davon, daß der bedingt Eingesetzte, was an sich richtig sein mag, eine decretalis bon. poss. nicht erhielt. Aber lag es denn im Wesen der decretalis, daß neben ihr noch eine ordinaria nachgesucht werden mußte? Offenbar beweisen das Gegentheil die Fälle des Dekrets in l. 14 §. 1 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 4 D. de conjung. cum emanc. 37. 8; überhaupt ist die doppelte bon. possessio, wie oben gezeigt ist, nicht durchweg auf die gleichen Gründe zurückzuführen.

Ein letzter Beweisgrund von Leist ist dieser. Weil der Berufene zur Sicherung des Erwerbs für seine Erben die bon.

poss. decretalis zu einer Zeit erhielt, wo für die ordinaria eine Frist noch nicht lief, soll gesagt werden müssen, daß die ordinaria in der Ertheilung der decretalis nicht begriffen war. Auch das widerlegt die bon. possessio des bedingt Eingesetzten: sie wird wie vor der Delation, so vor aller Frist ertheilt. Die Frist war ja nur Beschränkung der Erwerbshandlung: wo also mit dem Dekret der Erwerb vollendet war, fiel mit der ordinaria bon. possessio auch deren Frist weg.

Hiernach erscheint Leist's Beweis mißlungen. Gegen seine Lehre spricht überdies, abgesehen von der erwähnten bonor. possessio bei bedingter Einsetzung, die innere Unwahrscheinlichkeit des behaupteten Verfahrens. Es wäre doch ein wunderliches Recht gewesen, welches dem Berufenen ein Angehen des Magistrats, dem Magistrat eine Sachuntersuchung mit Dekret zugemuthet hätte, einzig um dem Erben des Ersteren die freie Entschließung über den Erwerb zu sichern.

Ich komme zu l. 5 D. de B. P. co. tab. 37. 4. Die soeben geprüfte Ansicht gelangte, wie bemerkt, zu der Annahme, daß schon in der bon. poss. decretalis der l. 84 und l. 4 §. 3 citt. eine wirkliche Transmission der prätorischen Erbberechtigung gelegen habe. Nun findet sich grade in Anknüpfung an l. 4 §. 3 cit. und den Fall des erwarteten Postumus unzweifelhaft eine Transmission bezeugt in l. 5 cit. Der Prätor soll, auch wenn die am regelmäßigen Erbschaftserwerb gehinderten Söhne vor erbetener bon. poss. decretalis sterben, Dekret dahin ertheilen: — heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas vel contra tabulas. Wie stellt sich zu diesem Ausspruche der Verfasser?

Zunächst erkennt er darin eine spätere Bildung: nachdem das Civilrecht beim Sc. Silanianum und — nach Reskript von Marc Aurel — beim Fall streitiger Aechtheit des Testaments

(vergl. die folgende Num. 2) unmittelbar für die Erben des Berufenen Transmission habe eintreten lassen, werde der Prätor den gleichen Weg eingeschlagen haben. Als eins der hiefür sprechenden Zeugnisse wird l. 5 cit. angesehen (S. 226—228; das andere wäre der Fall des Carbonianischen Edikts.) Ich trage Bedenken, dem beizutreten. Allem Anschein nach stützt sich die beim SC. Silanianum dem Erbeserben gewährte Hülfe, gleich dem erwähnten andern Transmissionsfall, auf eine Verordnung von Marc Aurel (l. 11 C. de his quib. ut indign. 6. 35. Rudorff, R.Gesch. I §. 52 bei Anm. 12. Keller, Instit. S. 292. 419.) Dagegen ist l. 5 D. de B. P. co. tab. 37. 4 von Julian, also wohl älter als die von Leist herangezogenen Transmissionen. Nimmt man ferner mit uns an (vergl. unten III. A.), daß bei l. 5 cit. der Weg zur Transmission die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, so muß es die Natur dieses Rechtsmittels unwahrscheinlich machen, daß dasselbe hier erst zur Geltung gelangt sein sollte, als die bon. poss. decretalis des Berufenen schon bestand. War dagegen die Restitution älter, so ist es wohl denkbar, daß man sie auch nach dem Aufkommen der decretalis beibehielt. Aehnlich Mühlenbruch (S. 166 bei Anm. 12), der zugleich darauf hinweist, daß von dieser Auffassung aus der Eingang der l. 5 cit. den Kompilatoren zugeschrieben werden muß.

Weiter soll sich nach Leist die Transmission der l. 5 cit. lediglich in der Form einer bon. poss. decretalis vollzogen haben; er sieht dann in dieser eine eben solche provisorische Zusicherung, wie sie von ihm nach Obigem in Anwendung auf l. 4 §. 3. l. 84 citt. behauptet wird, — eine Zusicherung, der noch ein Erbitten der ediktmäßigen bonor. possessio nachzufolgen gehabt hätte (S. 227 f.). Jene Formfrage gehört in unsere Num. III A: jetzt aber muß bestimmt bestritten werden, daß bei der in l. 5 cit. verheißenen bon. possessio an eine provisorische Zusicherung

irgendwelcher Art zu denken wäre. Der Zweck der in l. 4 §. 3 cit. dargebotenen Hülfe — Sicherung des Erwerbs für die Erben — hat bei der von Julian vorausgesetzten Sachlage keine Bedeutung. Wenn aber nach l. 5 cit. der Prätor dekretiren soll, heredibus — salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas vel contra tabulas, während in l. 4 §. 3 cit. nur von der contra tabulas die Rede ist, so lehrt dies, daß den Erben erst nach entschiedener Ungewißheit geholfen wird, — hier nach Maßgabe der sich jetzt ergebenden Erbberechtigung. Dem entspricht vollkommen der Inhalt der Beweisstellen über den unter 2 zu behandelnden Fall streitiger Aechtheit des Testaments: l. 6 §. 1. l. 42 §. 3 D. de bon. lib. 38. 2.

Es bleibt ein letzter Punkt bei diesem ersten Fall zu erledigen. Der Berufene selbst erhält nach den erörterten Beweisen — darunter l. 4 §. 3 D. de B. P. co. tab. 37. 4 — die bon. poss. decretalis nur dann, wenn er auf alle Fälle zur Erbfolge berufen ist, wie sich auch die ungewisse Thatsache entscheide. (Vergl. S. 12.) Nun hängt mit l. 4 §. 3 cit. die l. 5 eod. auf das Engste zusammen, die hier anerkannte Transmission beruht auf demselben Gedanken wie jene bon. possessio: danach ist unbedenklich auch für die Transmission die angegebene Beschränkung festzuhalten. (Widerspruch bei Köppen, Jahrb. V S. 163 f.). Zur Bestätigung — damit zugleich zur Erhärtung der angegebenen Beschränkung der bon. poss. decretalis — dienen zwei Aeußerungen der Quellen. Die eine geht auf das Erwerbshinderniß des SC. Silanianum. Bei diesem tritt nach l. 3 §. 30 D. de SC. Silan. 29. 5 die (durch utiles actiones zu vermittelnde) Transmission nicht ein, wenn der Berufene nicht einzig aus Rücksicht auf die Nachtheile des Senatsschlusses und des daran anknüpfenden Edikts die Antretung unterlassen hat. Als Beispiel eines konkurrirenden Hindernisses aber

erwähnt §. 32 eod. den erwarteten Postumus des Erblassers. Unbedingt konnte Ulpian dieses Beispiel nur anführen, wenn der hier bestehende Aufschub nur ausnahmsweise — nur zu Gunsten der in l. 4 §. 3 D. de B. P. co. tab. 37. 4 bezeichneten Personen — Transmission begründet. — Die andere Aeußerung findet sich in l. un. §. 8 D. si mul. ventris 25. 6: die Wittwe, die sich wider besseres Wissen für schwanger ausgab, soll dem Erben des dadurch gehinderten Berufenen als Theil des Interesse den Werth der entgangenen Erbschaft ersetzen. Also doch in der Regel keine Restitution. — Beide Stellen werden erörtert bei Köppen, Syst. I S. 371 f. Anm. 12. Er will die l. 3 §. 30. 32 cit. durch die Bemerkung beseitigen, daß (der von Ulpian angerufene) Cervid. Scaevola eine Transmission noch nicht zugelassen habe, was gegenüber der Zustimmung Ulpians und der (del.) l. 5 D. de B. P. co. tab. 37. 4 unhaltbar ist, — die l. un. §. 8 cit. durch den Hinweis auf die Subsidiarität der Wiedereinsetzung, was Nothbehelf ist.

2. Ich lasse jetzt den schon beiläufig berührten Fall der l. 6 §. 1. l. 42 §. 3 D. de bon. lib. 38. 2 folgen, welchen Leist an späterer Stelle behandelt (S. 224—226). Die vom Freigelassenen zur Erbin eingesetzte Tochter des Patrons ist am Erwerb bis zum Tode durch einen Prozeß über die Frage gehindert gewesen, ob das Testament gefälscht sei. Sie hätte auch zur gesetzlichen Erbfolge gelangen müssen, mindestens mit einer bon. possessio auf die Hälfte[1]); mit Rücksicht hierauf sprach Marc Aurel ihren Erben den Erbtheil zu, der ihr zukommen mußte, wenn sie die Entscheidung erlebt hätte. Daß man die kaiserliche Entscheidung mit Leist in diesem Sinne zu verstehen hat, zeigt der Schluß der l. 6 §. 1 cit. Wenn

1) Daß die aus Ulp. XXIX. 5 (vergl. mit Gaj. III. 46) zu entnehmenden Voraussetzungen des gesetzlichen Erbrechts im gegebenen Falle zutrafen, zeigt l. 42 §. 3 cit.

l. 42 §. 3 cit. von der Erbquote spricht, quam filia patroni vel jure intestati — habere potuit, so setzt sie Entscheidung des Rechtsstreits zu Ungunsten des Testaments voraus.

Nach dem Inhalt beider Stellen ist hier zu wiederholen, was vorhin zu l. 5 D. de B. P. co. tab. 37. 4 ausgeführt wurde: die Transmission wird einzig dadurch begründet, daß die Berufene jedenfalls zur Erbfolge hätte gelangen müssen, wie auch die Entscheidung des Streits ausfallen mochte. So theils mehr, theils weniger bestimmt Leist, Mayer Num. IV. Mühlenbruch S. 175, aber auch schon Cujaz in lib. 13 quaest. Pap. ad l. 42 cit. ed. Neap. IV. 361. Mit Unrecht aber spricht Leist von einem Reskript; gewiß liegt ein Dekret des Kaisers auf verhandelten Rechtsstreit vor. (Dafür Cujaz a. a. O.) Auch insofern ist unser Fall eng verwandt mit dem in l. 5 cit., daß es eine (subjektive) Ungewißheit des Delationsgrundes ist, welche den Erwerb verzögert, daß also im Aufschub des Erwerbs nur eine Anwendung des regelmäßigen Rechts zu Tage tritt.

Bei der Frage nach der Form der Rechtshülfe entscheidet sich Leist für die Gewährung von utiles actiones: wir zeigen unter III A., daß unbedenklich Restitution anzunehmen ist. Zu fragen ist endlich, ob nicht der Berufene selbst — die Tochter des Patrons — eine bon. poss. decretalis nach Anleitung der l. 4 §. 3 D. de B. P. co. tab. beanspruchen konnte. Die enge Verwandtschaft unter den Fällen 1 und 2 nöthigt zur Bejahung.

3. Als weiteres Hinderniß reiht sich nach l. 1 §. 1 D. ad SC. Tertull. 38. 17 die Ungewißheit des Daseins der Delation an. Die durch das Gesetz berufenen Kinder können die mütterliche Erbschaft nicht erwerben, weil die Rechtsfähigkeit der Mutter mit Rücksicht auf den in der Kriegsgefangenschaft befindlichen Großvater ungewiß ist: im Hinblick hierauf

bespricht Ulpian den Weg, auf welchem die Kinder ihren Erben den Erwerb sichern. Sie erhalten eine bonor. poss. decretalis, — sagen wir mit Leist (S. 214—219; a. M. Köppen, Jahrb. V S. 166): die l. 2 §. 3 D. unde legit. 38. 7 redet von der bon. poss. ordinaria, verträgt sich daher vollkommen mit der von der decretalis handelnden l. 1 §. 1 cit.

Zu weit geht Leist, indem er auch für die Zeit, wo der gefangene Gewalthaber lebt, von subjektiver Ungewißheit spricht. Wenn das Recht das in der Zeit der Ungewißheit gestorbene Hauskind für die Vererbung rückwärts als paterfamilias behandelt, sobald in der Folge der Gewalthaber in der Gefangenschaft stirbt, so bindet das unser Urtheil über die Natur der Ungewißheit nicht. Auch scheint l. 2 §. 3 cit. Leist nicht günstig.

Können die Erben der Kinder sich zur Erbschaft ziehen, wenn diese selbst die bon. possessio nicht erbeten haben? Die l. 1 §. 1 cit. erörtert dies nicht, aber sie begründet die bon. poss. decretalis genau so, wie es beim Fall des erwarteten Postumus geschieht (— ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem suum transmittant). Danach ist ohne Anstand die Transmission, über deren Form begreiflich aus l. 1 §. 1 cit. nichts zu entnehmen ist, zuzulassen. Ich zweifle nicht, daß auch Leist so entscheiden würde; übrigens spricht dieser nur von der b. p. decretalis der Kinder, der er die unter 1. dargestellte eigenthümliche Natur, damit die Bedeutung einer Transmission, zutheilt.

Besonderes Gewicht fällt bei unsrer Untersuchung auf die Frage: hat man die b. p. decretalis der l. 1 §. 1 cit. sammt der Transmission auf berufene Kinder des Erblassers zu beschränken, oder wie ist der Kreis der durch die Entscheidung begünstigten Personen zu bestimmen? Leist regt die Frage an, verweist auf zwei von der Mutter handelnde Stellen, die wir

unten besprechen, aber er lehnt die Untersuchung ab (S. 218 f.; vgl. aber S. 244 f., wo er Einschränkung auf die Kinder mindestens im Sinne Justinians anzunehmen scheint).

Wir suchen zunächst an der Hand allgemeiner Erwägungen eine Antwort zu gewinnen. Die Stellen über den Postumus und den Streit wegen Unächtheit des Testaments betrafen eingesetzte Erben, die auch bei Wegfall des Testaments — nach Notherbenrecht oder nach reiner gesetzlicher Erbfolge — erben mußten. Ungewiß also war das Wie, nicht das Ob der Erbberechtigung, und dies erschien als Bedingung der Transmission: Erben, welche blos den letzten Willen für sich hatten, wurde nicht geholfen. Bei der Transmission aus l. 1 §. 1 cit. steht von vornherein nur die gesetzliche Erbfolge in Frage: hätten wir aber anzunehmen, daß hier bei einer dem Hinderniß in den Fällen 1. und 2. so nah verwandten Ungewißheit jeder Berufene ohne Unterschied transmittire, so ergäbe sich eine auffällige Inkonsequenz des Rechts. Zur Annahme einer solchen nöthigt die l. 1 §. 1 cit. gewiß nicht; sie spricht nur von den Kindern, als den gesetzlichen Erben der Mutter: danach ist ein einfaches Prinzip zu gewinnen, indem wir uns an ein Verhältniß anlehnen, welches dem entscheidenden Sachverhalt in den beiden obigen Fällen analog ist. Dort standen, wie bemerkt, Personen in Frage, denen wegen mehrfacher Erbberechtigung die Delation zukommen mußte; verwandt ist damit die Lage gesetzlicher Erben, denen zufolge Pflichttheilsrechts die Erbschaft — mindestens ein Theil von ihr — selbst durch Verfügung des Erblassers nicht entzogen werden kann. Der Gedanke, daß solche nächste Blutsverwandte bei der Frage nach der Transmission vorzugsweise zu berücksichtigen seien, kehrt (in bestimmten Grenzen) im späteren Recht wieder in der transmissio Theodosiana und in l. 34 C. de inoff. test. 3. 28; es

kann daher nicht befremden, wenn uns schon im Recht der klassischen Zeit eine verwandte Bildung begegnet.

Gestützt auf diese Erwägungen behaupten wir, daß die Erwähnung der Kinder in l. 1 §. 1 cit. nichts Zufälliges ist. Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß der Satz der l. 1 §. 1 cit. nur von den Kindern zu gelten hätte. Zwar von einer Ausdehnung auf die Geschwister des Erblassers hält uns ab, daß diese nur relatives Pflichttheilsrecht haben; bestimmt aber wird man annehmen dürfen, daß Ascendenten transmittiren. Doch trifft bei diesen die Analogie der obigen an die testamentarische Erbfolge anknüpfenden Entscheidungen (1. und 2.) nur zu, wenn ihre Eigenschaft als nächste Intestaterben, damit ihr unbedingter Anspruch auf den Pflichttheil, von vorn herein außer Zweifel ist. Indem wir an dieser Beschränkung festhalten, ergibt sich leicht eine Erklärung der einen von Leist's Stellen über die Erbberechtigung der Mutter, — der l. 8 §. 1 D. de suis. 38. 16. Offenbar ist bei der Entscheidung anzuerkennen, das im Julian's Sinne den Erben der Mutter die Transmission versagt bleibt. Aber das kann nach dem soeben Bemerkten nicht befremden: nach dem Thatbestande steht die Geburt eines Postumus des Erblassers in Aussicht; dadurch wird das Ob jeder Erbberechtigung der Mutter zweifelhaft gemacht. — Ohne Bedeutung ist die andere Stelle, l. 10 §. 1 D. ad SC. Tertull. 38. 17: Pomponius läßt die Ungewißheit bei Lebzeiten der Mutter schwinden, die Frage nach der Transmission war daher nicht aufzuwerfen.

B. Während von dem bisher besprochenen Aufschub des Erwerbs wegen Ungewißheit des Delaten über Dasein oder Grund der Delation zu sagen war, er stelle sich den Römern als Grundsatz des regelmäßigen Rechts dar, liegen bei den jetzt zu betrachtenden Aeußerungen der Quellen völlig singuläre Gesichtspunkte vor.

1. Das SC. Silanianum und ein nachfolgendes prätorisches Edikt drohten Erbunwürdigkeit und Geldstrafe, wenn bei gewaltsamer Ermordung eines Bürgers die letztwilligen Urkunden eröffnet wurden, wenn Erwerb der civilen oder prätorischen Erbschaft erfolgte, bevor die mit dem Gemordeten unter einem Dache befindlich gewesenen Sklaven gefoltert und bestraft waren. Hatte aber die Rücksicht auf diese Nachtheile und nur sie den Delaten bis zum Tode am Erwerb gehindert, so erhielten seine Erben utiles actiones, — wohl nach einer Konstitution von Marc Aurel (oben A. 1). Vergl. l. 3 §. 30. 32. l. 4 D. de SC. Silan. 29. 5.

Leist (S. 220—224) betont mit Recht, daß das vorliegende Erwerbshinderniß nach den Quellen ohne Unterschied in der Person jedes Delaten Transmission begründet; er übersieht jedoch den Grund, welcher allein diese Erscheinung, damit den Gegensatz zu den Fällen unter A, erklärt. Dieser liegt darin, daß in unserm Falle das Recht selbst aus einem — wie auch Leist S. 243 Anm. 72 sich nicht verhehlt — positiven, dem Wesen der Erbfolge fremden Motive hemmend in die Erbfolge eingreift. Der Erwerb der Erbschaft wird gehindert, damit er nicht das strafrechtliche Verfahren beeinträchtigt. Eben wegen dieser Natur der gesetzlichen Vorschrift mußte der Satz, daß die Transmission bei jedem gehinderten Delaten Anwendung finde, als entschiedenes Gebot der Billigkeit erscheinen.

Auf die bei Leist nicht näher behandelten utiles actiones, in denen hier die Transmission zum Ausdruck kommt, gehe ich unter III. A. ein.

2. Dem soeben betrachteten Falle verwandt ist die an das Carbonianische Edikt anknüpfende Transmission in l. 12 D. de Carbon. ed. 37. 10 (Leist S. 228—235).

Vorweg eine Frage der Auslegung. Auf den ersten Blick

gefällt es, wenn Leist bei dem „exemplo legitimi" das Wort „filii" ergänzt, den Ausdruck selbst mit dem Voraufgehenden verbindet. Dennoch folgen wir der üblichen Auslegung, wonach die Worte andeuten: wie durch die contra tabulas des Kindes die b. p. secundum tabulas des eingesetzten Erben, so werde durch die b. p. Unde liberi des Ersteren die b. p. intestati des nachstehenden gesetzlichen Erben gehindert. Diese Auffassung (Bas. XL. 5 c. 12; Neuere bei Leist S. 233 Anm. 55) erscheint wegen des zweiten Satzes geboten: nur von ihr aus begreift man, warum der Jurist vom Uebergang der Erbfolge auf die Erben des eingesetzten wie des gesetzlichen Erben spricht.

Papinian führt hiernach aus, der für untergeschoben erklärte unmündige Sohn des Erblassers hindere den Erwerb der bonor. possessio des Testaments- wie des Intestaterben, indem er sich neben der Carboniana in der soeben angedeuteten Weise die b. p. ordinaria ertheilen lasse. Doch werde den Erben des bei bestehendem Hinderniß gestorbenen Berufenen Hülfe gewährt; dies sei Bedürfniß, wo der Berufene auch die Erbschaftsantretung nicht vornehmen konnte, weil ihm (so mit Recht Leist) civiles Erbrecht fehlte, oder weil ihm der bevorstehende Rechtsstreit die eigne Berechtigung zweifelhaft gemacht hatte. Mit Recht bemerkt Leist, daß im ersten dieser Fälle die Delation der bon. possessio gehindert ist, im zweiten der civile Erbschaftserwerb.

Nach dem Inhalt der l. 12 cit. ist es unbestreitbar, daß jeder Berufene die wegen des vorliegenden Hindernisses nicht erworbene Erbschaft transmittirt. Woher diese Erscheinung? Der Grund liegt in der Carboniana bon. possessio. Mit dieser verbindet sich regelmäßig Aussetzung des Streits über Kindschaft und Erbrecht bis zur Pubertät des Unmündigen (l. 1 pr. §. 11 vergl. mit l. 3 §. 5 D. de Carbon. ed. 37. 10): die hier-

aus dem Gegner, vielleicht auf längere Zeit, erwachsende Unmöglichkeit, den dem eigenen Erwerb entgegenstehenden Anspruch aus dem Wege zu räumen, rechtfertigt jenes uneingeschränkte Transmissionsrecht. Eben hierin zeigt sich die Verwandtschaft mit dem Falle des SC. Silanianum. Auch das vorliegende Hinderniß findet seine Motive außerhalb der regelmäßigen Aufgaben der Erbfolge: das Edikt bezweckt Schutz des Unmündigen, der unfähig ist, seine Rechte selbst zu wahren.

Diese Konkurrenz des Carbonianischen Edikts erklärt es ferner, daß in dem am Schluß von l. 12 cit. erwähnten Falle der durch den Rechtsstreit erzeugten subjektiven Ungewißheit der Delation — einem Falle ähnlich dem oben unter A. 2 besprochenen aus l. 6 §. 1. l. 42 §. 3 D. de bon. libert. 38. 2 — jeder Berufene transmittirt.

Leist sieht in der nach l. 12 cit. den Erben des Berufenen zu Theil werdenden Hülfe eine bon. poss. decretalis; diese soll den unter A. 1 in Anknüpfung an l. 5 D. de B. P. co. tab. 37. 4 beschriebenen Inhalt haben. Dabei soll aber auch der Berufene nach Analogie von l. 4 §. 3 D. eod. eine bon. poss. decretalis erbitten können. Auf beiden Punkten ist zu widersprechen: auf dem ersten aus den schon früher entwickelten, sowie aus den noch unter III. A auszuführenden Gründen, — auf dem zweiten deshalb, weil die bon. poss. edictalis des Pupillen im Wege steht.

Ueberblicken wir die bei den Fällen eines rechtlichen Hindernisses gewonnenen Ergebnisse. Nach den Entscheidungen unter A stellte sich der Erbschaftserwerb entsprechend den Grundsätzen des regelmäßigen Rechts durch Ungewißheit sei es des Grundes, sei es des Daseins der Delation gehindert dar. Hier ist es den Römern als Härte erschienen, daß das Erforderniß ge-

höriger Gewißheit über die Delation selbst für solche Personen den Erwerb sollte vereiteln können, die bei jeder Entscheidung der Ungewißheit erbberechtigt sein würden, oder denen der Erblasser selbst durch letztwillige Verfügung nicht die ganze Erbschaft entziehen könnte. — Die beiden Vorgänge unter B. enthielten einen Aufschub des Erwerbs durch positive, vom Recht selbst geschaffene Anstände, deren Motive außerhalb der Aufgaben der Erbfolge lagen.

III. Wie in der Einleitung bemerkt wurde, streitet man bei den unter II behandelten Fällen rechtlicher Hindernisse

a) über die Rechtsform, in welcher die Transmission vor sich geht,

b) über die Ableitung einer allgemeinen Regel aus den vorhandenen Einzelentscheidungen.

Bezüglich der ersten Frage unterhalten wir die Ansicht, daß den Erben des Delaten die Erbschaft mittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder doch — in dem einen Falle, wo wir dem Zweifel Berechtigung zugestehen — mittelst einer der Wiedereinsetzung eng verwandten Rechtsform zugänglich gemacht wird. Dieser Satz soll sogleich unter A ausgeführt werden. Bevor wir zur zweiten Frage übergehen — unter C —, ist mit einigen Worten von dem bei der Wiedereinsetzung in Betracht kommenden Erforderniß der Verletzung zu handeln (unter B.). In Verbindung mit der Erörterung der zweiten Frage (C.) suchen wir die in den einzelnen überlieferten Fällen gegebenen Hindernisse in ihrer Bedeutung als Restitutionsgründe zu bestimmen.

Leist's Ansichten sind in jedem der folgenden drei Abschnitte zu berücksichtigen. Uebrigens fordern dieselben, da die Auffassung der mit der Transmission zusammenhängenden bon. poss. decretalis schon unter II gewürdigt ist, nur unter C. (Erörterung der zweiten Frage) eine nähere Prüfung. Vorweg ist dort

die herrschende Lehre zu widerlegen, welche auf die Aussprüche über rechtliche Hindernisse eine weit reichende Regel gründet.

A. Vermittlung der Transmission durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

So bestimmt sich Leist über die Bedeutung der b. p. decretalis ausspricht, die in l. 4 §. 3 D. de B. P. co. tab. 37. 4 unzweifelhaft dem am Erwerb gehinderten Berufenen zugesprochen wird, nach seiner Annahme aber auch den Erben des Berufenen in l. 5 D. eod. ertheilt wäre, so hat er doch im Grunde den Beweis nicht unternommen, daß in dieser letzteren Anwendung eine solche bon. possessio gegeben sei. Abgesehen aber von den soeben erwähnten, schon unter II. A. 1 von uns besprochenen Ausführungen findet sich bei ihm nur betont, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beim Richter zu erbitten sei, die durch utiles actiones, heutzutage auch die vordem durch bon. poss. decretalis vermittelte Transmission sich von selbst nach Rechtssatz vollziehe. (S. 237. 247.) Auf eine Bemerkung in Ansehung des heutigen Rechts komme ich am Schlusse dieser Abtheilung.

Von früheren Schriftstellern hat Steppes (S. 62 ff.) die Annahme einer Wiedereinsetzung ausführlich in Schutz genommen, während der Widerspruch sich namentlich bei Mühlenbruch (S. 179—182) und Mayer a. a. O. Anm. 23 begründet findet. Unsere hiermit zu unternehmende Beweisführung für erstere Meinung hat zunächst das Vorkommen von utiles actiones, an zweiter Stelle die vermeintliche Ertheilung einer decretalis bonor. possessio in's Auge zu fassen.

Gesprochen wird von utiles actiones nur beim SC. Silanianum (1. 3 §. 30. l. 4 D. de SC. Silan. 29. 5). An sich könnte man die Aeußerungen auf Restitution deuten (l. 21 §. 6 D. quod met. c. 4. 2. l. 5 C. quib. ex. caus. maj. 2. 54.

Steppes S. 64 f.); allein nach der Art, wie die Klagen erwähnt werden, nach der Verweisung auf eine Konstitution (das „ex constitutione“ in l. 4 cit. ist gewiß ächt) ist auf eine feste Regel zu schließen. Danach ist es wohl möglich, daß man hier auch ohne Wiedereinsetzung half.

Eins darf indessen nicht übersehen werden. Inmitten der Bemerkungen über die Transmission in l. 3 §. 30. 32. D. de SC. Silan. 29. 5. steht eine Besprechung des Falls, wo die Bedingung einer letztwilligen Verfügung nicht rechtzeitig erfüllt wurde, weil wegen des mit dem Senatsschluß in Verbindung stehenden Edikts das Testament uneröffnet blieb (§. 31 eod.). Hier tritt ohne Streit Restitution ein (sucurritur — ad implendam condicionem): wie erklärt sich der Unterschied? Justinian gedenkt in l. 11 C. de his quib. ut indign. 6. 35 einer oratio von Marcus, welche für Erben und Vermächtnißnehmer die Nachtheile des vom SC. Silanianum ausgehenden Aufschubs ausglich. Danach mochte man kein Bedenken tragen, den ausdrücklich namhaft gemachten Erben ohne Weiteres utiles actiones zu gewähren; beim Fall der versäumten Bedingung dagegen, der nicht speciell von der oratio in's Auge gefaßt war (auch für Freilassungen brachte ja erst die l. 11 C. cit. eine Ergänzung), fand man Wiedereinsetzung nöthig. Alles das zeigt, daß die utiles actiones denselben Gedanken zum Ausdruck bringen, wie die Wiedereinsetzung, daß wir ferner Letztere bei anderen rechtlichen Hindernissen, für welche eine Verordnung nach Art der oratio nicht bezeugt ist, als die ordentliche Form zu betrachten haben, in welchen den Erben des Berufenen der an sich vereitelte Erbschaftserwerb ermöglicht wird.

Hiernach läßt sich vor Allem behaupten, daß die auf das Carbonianische Edikt bezügliche Transmission, die sich doch eng an den Fall des SC. Silanianum anlehnt (vergl. oben II B.),

auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vor sich geht. Die Fassung der l. 12 D. de Carb. ed. 37. 10 (— heredibus eorum succurrendum erit) verträgt sich damit sehr wohl.

Wie beim SC. Silanianum liegt anscheinend Transmission civiler Erbberechtigung vor bei l. 6 §. 1 l. 42 § 3 D. de bon. libert. 38. 2 (Streit über die Aechtheit des Testaments). Das ist in der That die einzige denkbare Stütze für Leist's Ansicht, Marc Aurel habe den Erben der eingesetzten Tochter des Patrons ohne Weiteres durch utiles actiones geholfen. Allein die Stütze ist werthlos, nach beiden Stellen erging eine kaiserliche Entscheidung des einzelnen Falls (— heredibus — divus Marcus subvenit —; — servavit — partem bonorum): dabei ist an nichts Anderes zu denken, als an ein letztinstanzliches Dekret im Restitutionsverfahren. Vergl. oben II A. 2; dazu l. 38 pr. D. de min. 4. 4. Man behalte nur im Auge, um was es sich hier handelt: es ist der Mechanismus anzugeben, mittelst dessen zur Zeit von Marc Aurel eine nicht erworbene Erbschaft auf die Erben des Berufenen hinübergeleitet wurde. Ein Versuch zur Lösung dieser Aufgabe darf sich nicht an die Gesetze von Theodosius II. und Justinian über die jüngeren Transmissionsfälle anlehnen, er hat die im classischen Recht gegebenen Schranken zu berücksichtigen. Hier bot sich, da die Delation mit dem Tode des Berufenen erloschen war, nur die außerordentliche Rechtshülfe der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Das ist zudem die Form, die wir Papinian in dem gleichen Falle der l. 86 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2 handhaben sehen, die uns soeben bei der Betrachtung der l. 3 §. 30—32 D. de SC. Silan. 29. 5 als die Regel des Rechts entgegentrat: danach haben wir sie bestimmt mit Recht in die l. 6 §. 1 l. 42 §. 3 citt. hineingelegt.

Wenn Mayer sich für die utiles actiones als den ein-

bespricht Ulpian den Weg, auf welchem die Kinder ihren Erben den Erwerb sichern. Sie erhalten eine bonor. poss. decretalis, — sagen wir mit Leist (S. 214—219; a. M. Köppen, Jahrb. V S. 166): die l. 2 §. 3 D. unde legit. 38. 7 redet von der bon. poss. ordinaria, verträgt sich daher vollkommen mit der von der decretalis handelnden l. 1 §. 1 cit.

Zu weit geht Leist, indem er auch für die Zeit, wo der gefangene Gewalthaber lebt, von subjektiver Ungewißheit spricht. Wenn das Recht das in der Zeit der Ungewißheit gestorbene Hauskind für die Vererbung rückwärts als paterfamilias behandelt, sobald in der Folge der Gewalthaber in der Gefangenschaft stirbt, so bindet das unser Urtheil über die Natur der Ungewißheit nicht. Auch scheint l. 2 §. 3 cit. Leist nicht günstig.

Können die Erben der Kinder sich zur Erbschaft ziehen, wenn diese selbst die bon. possessio nicht erbeten haben? Die l. 1 §. 1 cit. erörtert dies nicht, aber sie begründet die bon. poss. decretalis genau so, wie es beim Fall des erwarteten Postumus geschieht (— ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem suum transmittant). Danach ist ohne Anstand die Transmission, über deren Form begreiflich aus l. 1 §. 1 cit. nichts zu entnehmen ist, zuzulassen. Ich zweifle nicht, daß auch Leist so entscheiden würde; übrigens spricht dieser nur von der b. p. decretalis der Kinder, der er die unter 1. dargestellte eigenthümliche Natur, damit die Bedeutung einer Transmission, zutheilt.

Besonderes Gewicht fällt bei unsrer Untersuchung auf die Frage: hat man die b. p. decretalis der l. 1 §. 1 cit. sammt der Transmission auf berufene Kinder des Erblassers zu beschränken, oder wie ist der Kreis der durch die Entscheidung begünstigten Personen zu bestimmen? Leist regt die Frage an, verweist auf zwei von der Mutter handelnde Stellen, die wir

unten besprechen, aber er lehnt die Untersuchung ab (S. 218 f.; vgl. aber S. 244 f., wo er Einschränkung auf die Kinder mindestens im Sinne Justinians anzunehmen scheint).

Wir suchen zunächst an der Hand allgemeiner Erwägungen eine Antwort zu gewinnen. Die Stellen über den Postumus und den Streit wegen Unächtheit des Testaments betrafen eingesetzte Erben, die auch bei Wegfall des Testaments — nach Notherbenrecht oder nach reiner gesetzlicher Erbfolge — erben mußten. Ungewiß also war das Wie, nicht das Ob der Erbberechtigung, und dies erschien als Bedingung der Transmission: Erben, welche blos den letzten Willen für sich hatten, wurde nicht geholfen. Bei der Transmission aus l. 1 §. 1 cit. steht von vornherein nur die gesetzliche Erbfolge in Frage: hätten wir aber anzunehmen, daß hier bei einer dem Hinderniß in den Fällen 1. und 2. so nah verwandten Ungewißheit jeder Berufene ohne Unterschied transmittire, so ergäbe sich eine auffällige Inkonsequenz des Rechts. Zur Annahme einer solchen nöthigt die l. 1 §. 1 cit. gewiß nicht; sie spricht nur von den Kindern, als den gesetzlichen Erben der Mutter: danach ist ein einfaches Prinzip zu gewinnen, indem wir uns an ein Verhältniß anlehnen, welches dem entscheidenden Sachverhalt in den beiden obigen Fällen analog ist. Dort standen, wie bemerkt, Personen in Frage, denen wegen mehrfacher Erbberechtigung die Delation zukommen mußte; verwandt ist damit die Lage gesetzlicher Erben, denen zufolge Pflichttheilsrechts die Erbschaft — mindestens ein Theil von ihr — selbst durch Verfügung des Erblassers nicht entzogen werden kann. Der Gedanke, daß solche nächste Blutsverwandte bei der Frage nach der Transmission vorzugsweise zu berücksichtigen seien, kehrt (in bestimmten Grenzen) im späteren Recht wieder in der transmissio Theodosiana und in l. 34 C. de inoff. test. 3. 28; es

l. 4 §. 3 cit. nicht darüber aufklären, wie wir deren Gestalt zu bestimmen haben.

Es ist jetzt nur noch zu fragen, ob die von der gegentheiligen Ansicht der bon. poss. decretalis zugewiesene Aufgabe dem entspricht, was wir sonst von diesem Institut wissen. Das ist gewiß zu verneinen: die streitige Anwendung würde wesentlich von allen denen verschieden sein, die in den Quellen bezeugt sind (Uebersicht bei Schirmer, Handb. I S. 81 ff). Denn wo die decretalis als interimistischer Erbbesitz zu Gunsten einer Person auftritt, welche die Erbschaft zur Zeit nicht definitiv erwerben kann, oder der doch ein über den Inhalt dieses Erwerbs hinausreichender Schutz gewährt werden soll (missio ventris nomine, bon. possessio für den Kurator oder den Hintermann des Wahnsinnigen, bon. possessio aus dem Carbonianischen Edikt), da bildet die vorausgesetzte Erbberechtigung die Grundlage. Ebenso besteht mindestens die Möglichkeit sei es der Delation, sei es des Erwerbs der Erbschaft für den, welchem während bestehenden Delations- oder Erwerbshindernisses Behufs der Sicherung der Erbschaft für seine Erben nach II A. 1—3 eine bon. poss. decretalis zusteht. Wo endlich eine solche nach dem Geiste des Edikts ertheilt wird, liegt im Decret das Anerkenntniß, daß dem Nachsuchenden trotz der unzulänglichen Fassung des Edikts Erbberechtigung nicht zu versagen ist. Ganz anders die streitige Arterscheinung: sie würde den Erben des Berufenen ohne Weiteres eine Erbberechtigung zugestehen, die in Wahrheit mit dessen Tode erloschen ist.

Beim Mangel eines jeden Beweises darf nicht angenommen werden, daß der Prätor sich in solcher Weise über das schon bei der Besprechung der utiles actiones aufgezeigte Erforderniß der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinweggesetzt hätte. Vielmehr ist daran festzuhalten, daß im Sinne der l. 5 cit. den Erben des Berufenen nur auf Grund einer Wiederein-

setzung sei es die bon. possessio, sei es wenigstens die derselben entsprechende Rechtsstellung gewährt wurde. (Huschke in Richter's Jahrb. 1839 S. 32. Schirmer S. 84).

Unsere Ausführungen gelangen zu dem Satze, daß auch in den Fällen der s. g. rechtlichen Hindernisse die Transmission durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand herbeigeführt wird; von der wahrscheinlichen Ausnahme beim SC. Silanianum ist oben gesprochen.

Einem Bedenken ist hier zu begegnen. Wenn wir dem Erben des Berufenen Wiedereinsetzung auch da zugestehen, wo Letzterer die b. p. decretalis nachsuchen konnte, so scheint das der subsidiären Natur des Rechtsmittels zu widersprechen. Unsres Bedünkens ist hierauf kein Gewicht zu legen. Zunächst ist die bon. poss. decretalis etwas Anderes, als der durch das Hinderniß hinausgeschobene Erbschaftserwerb. Erstere will nur den Erwerb sichern auf den Fall, daß das Hinderniß beseitigt wird, — ohne Letzteres hätte sich der Erwerb mit allen seinen Vortheilen sofort vollzogen. Stirbt daher der Berufene, der die b. p. decretalis nicht gesucht hat, vor beseitigtem Hinderniß, so bleibt es wahr, daß in Folge des Hindernisses nicht erworben ist, mochte immer der Erwerb den Erben durch jene bon. possessio gesichert werden können.

Sollten wir hierin nicht Recht haben, so darf doch auf das Bezug genommen werden, was gegen Ende von II. A. 1. über das geschichtliche Verhältniß der den Erben des Berufenen gewährten Transmission zur b. p. decretalis bemerkt worden ist. Wenn Erstere, wie wir annahmen, das ältere Hülfsmittel ist, an dem man auch nach dem Aufkommen der bon. possessio festhielt, so liegt darin, daß man sich hier über die subsidiäre Natur der Wiedereinsetzung hinwegsetzte.

Die oben entwickelten Grundsätze sind selbstredend auch für

das heutige Recht festzuhalten. Zu der entgegengesetzten Behauptung wird Leist durch seine Auffassung geführt: nach ihm hätte die Transmission wegen rechtlichen Hindernisses jetzt praktisch durchweg die Gestalt, welche bei den Römern die Fälle der utiles actiones aufwiesen (S. 247 ff.). Dabei wird gefragt, wie sich heutzutage die b. p. decretalis des Berufenen gestaltet. Da diese nach Leist nur für die Erben des Berufenen die Möglichkeit begründet hätte, sich frei über die Annahme der Erbschaft zu entscheiden, so wird bestritten, daß bei uns eine entsprechende Erklärung des Berufenen weitergehende Folgen haben könne. Auch hier weichen wir ab. Wie wir für das römische Recht in jener decretalis bon. possessio eine wirkliche Erwerbshandlung sehen, so ist für das heutige Recht zu behaupten, daß durch eine Antretungshandlung des Berufenen die Erbschaft im Voraus für dessen Erben erworben wird.

B. Erforderniß der Verletzung.

In Anknüpfung an die l. 86 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2 ist unter I bemerkt, daß Leist zur Darstellung des Rechtsverhältnisses bei den thatsächlichen Hindernissen eine auf Aeußerungen der Pandektenjuristen über andre Lehren gestützte Auffassung verwendet, nach welcher der Verlust der Erwerbsmöglichkeit als in der Todesstunde des Berufenen eingetreten, damit das Recht auf Wiedereinsetzung als vor dem Tode erworben erscheint. Es fällt auf, daß dieser Auffassung bei den rechtlichen Hindernissen nicht gedacht wird: von ihr wäre nach dem, was vorhin über das Bedenken wegen der Subsidiarität der Wiedereinsetzung bemerkt wurde, bei allen rechtlichen Hindernissen Gebrauch zu machen gewesen. — Wenn wir unserseits jener Ansicht von Leist widersprachen, so führten wir doch zugleich aus, mit Rücksicht auf die in der Erbfolge gegebene Kontinuität auch der erst in der Entstehung begriffenen Rechtsver-

hältnisse, daß ein Anspruch auf Wiedereinsetzung bei nach dem Tode des Berufenen vollendeter Verletzung nicht regelwidrig ist. Dieser Satz behauptet auch bei den rechtlichen Hindernissen seine Geltung.

C. Ableitung einer allgemeinen Regel. — Bestimmung der Restitutionsgründe für die einzelnen Fälle.

Die Ansicht von Leist bezüglich der Frage einer Generalisirung der Aussprüche über rechtliche Hindernisse stellen wir an den Schluß unsrer Ausführungen: dieselbe knüpft, grade wie wir es thun, an die herrschende Lehre an; es empfiehlt sich, daß wir zunächst diese und im Gegensatz zu ihr unsre eigne Auffassung vortragen.

Seit lange läßt die herrschende Lehre bei rechtlichen Hindernissen in weitester Ausdehnung Transmission zu. (Vergl. Mayer a. a. O. Anm. 22.) Der Kern der Frage ist hierbei, ob sich nach den Quellen behaupten läßt, daß allgemein transmittirt werde, wenn die Erbschaft wegen Ungewißheit der Berufung nicht erworben wurde, — ein Satz, welcher in unsrer Zeit mit Bestimmtheit von Windscheid III §. 600 unter 3 und Köppen, Syst. I S. 364 ff. vergl. mit Jahrb. V S. 148 ff., aufgestellt worden ist. Wir unternehmen im Folgenden die Widerlegung dieser Behauptung: mit dem, was wir zu diesem Zweck vorzutragen haben, legen wir unsre Ansicht nicht allein über den Umfang der Transmission auf Grund rechtlicher Hindernisse, sondern auch allgemein über das der transmissio ex capite in integrum restitutionis zuzuweisende Gebiet vollständig dar. Dies dient zugleich zur Auseinandersetzung mit der zuerst erwähnten herrschenden Lehre.

Zur Begründung des Angriffs auf die Lehre von Windscheid und Köppen prüfen wir vor Allem an den sämmtlichen unter II erörterten Aussprüchen der Quellen über recht-

liche Hindernisse, inwieweit diese die Ableitung eines allgemeinen Grundsatzes zulassen. Unsres Erachtens ist mit diesen Aussprüchen eine so weit gehende Regel, wie sie die von uns angefochtene Lehre annimmt, schlechthin unverträglich. Um dies deutlich zu machen, stellen wir vorweg für die Eine der beiden unter II besprochenen Klassen von Entscheidungen, eben die Fälle, bei welchen eine auf die Delation bezügliche Ungewißheit vorliegt — II. A. —, die in den Quellen gegebenen Thatbestände etwas genauer zusammen. Bezüglich der Fälle der andern Klasse (II B: Silanianischer Senatsschluß und Carbonianisches Edikt) braucht an gegenwärtiger Stelle nur wiederholt zu werden, daß ihnen singuläre Rechtsvorschriften zu Grunde liegen.

1. Nach den zwei ersten Fällen unter II. A. wird die Erbschaft aus der Person eines berufenen Testamentserben dann, aber auch nur dann transmittirt, wenn dieser sowohl zur testamentarischen wie zur gesetzlichen Erbfolge (oder auch Notherbfolge) gelangen mußte, bis zu seinem Tode aber eine den Erwerb hindernde Ungewißheit des Delationsgrundes bestand: als Folge der in Aussicht stehenden Geburt eines Postumus, — des Rechtsstreits über die Aechtheit des Testaments. Transmittirt wird in dem Umfange, in welchem dem Gehinderten die Erbschaft zugekommen wäre, falls er die Beseitigung des Anstands erlebt hätte.

2. Im dritten Fall findet Transmission aus der Person eines gesetzlichen Erben statt, dem zugleich als Descendenten oder Ascendenten unbedingt Pflichttheilsrecht zukam, der aber wegen Zweifels über das Dasein der Delation (Folge ungewisser Rechtsfähigkeit des Erblassers) bis zum Tode am Erwerb der gesetzlichen Erbfolge gehindert wurde.

Vergleichen wir jetzt zunächst die oben erwähnten beiden Klassen von Entscheidungen aus II. A. und B.,

so fällt in die Augen, daß dieselben die Aufstellung einer Regel, in welcher die bei der einen und bei der andern geltenden Grundsätze die höhere Einheit fänden, nicht ermöglichen. Ein aus der Klasse II B — den Fällen beim Silanianischen Senatsschluß und beim Carbonianischen Edikt — abzuleitendes Prinzip könnte nur dahin lauten, daß überall, wo in ähnlicher Weise durch singuläre Satzung ein (Delations- oder) Erwerbshinderniß erzeugt wird, der während bestehenden Hindernisses sterbende Berufene transmittirt, soweit nicht ein entgegenstehender Wille der Rechtsvorschrift erkennbar ist.

Von einer solchen Regel aus, die übrigens im römischen Recht außer jenen zwei Fällen kein Anwendungsgebiet vorfindet, führt keine Brücke zu den Entscheidungen der ersten auf eine Ungewißheit der Delation bezüglichen Klasse (II A).

Ich wende mich jetzt zu dieser selbst. Ohne Frage ist die Transmission nicht streng auf die in den vorstehenden Sätzen 1. und 2. fast durchweg festgehaltenen Merkmale der quellenmäßigen Thatbestände einzuschränken. In dem Satze 1. ist unwesentlich, daß die Ungewißheit durch die Erwartung eines Postumus, den Streit über die Aechtheit des Testaments erzeugt wurde: jeder zur Zeit zweifelhafte Grund einer Ungültigkeit des Testaments, der wenn anerkannt die gesetzliche Erbfolge herbeiführen müßte, hat die gleiche Bedeutung. Selbst darauf lege ich kein Gewicht, daß die zu dem Satze 1. gehörigen Aeußerungen der Quellen sich auf Berufene mit formellem oder materiellem Notherbenrecht beziehen: der Satz muß für alle Erben gelten, von denen feststeht, daß sie jeden bei Lage der Sache möglichen Delationsgrund für sich haben würden. (Ein Beispiel bei Köppen Syst. I S. 382.) Auch bei dem Satze 2. ist nicht an dem konkreten in l. 1 §. 1 D. ad SC. Tertull. 38. 17 vorliegenden Grunde einer Ungewißheit der Delation festzuhalten. Ebenso muß an sich als unwesentlich bezeichnet werden, daß ge-

setzliche Erbfolge in Frage steht: der durch Testament bedachte Pflichttheilsberechtigte, für welchen die Rechtsfähigkeit des Erblassers ungewiß ist, muß nicht minder transmittiren. Indessen liegt hier schon das Merkmal der Fälle unter 1. vor: der Berufene hätte auch zur gesetzlichen Erbfolge gelangen müssen.

Auf den bisher angedeuteten Punkten also erscheint ein Generalisiren statthaft. Immer dagegen sind die folgenden Merkmale unerläßlich. Bei 1, daß der Berufene unter allen Umständen hätte erben müssen, und daß trotzdem jeder Erwerb durch die Ungewißheit des Delationsgrundes ausgeschlossen wurde. Dieser Satz darf gegenüber den durch die Quellen dargebotenen Beweisen nicht in Frage gestellt werden: wir beziehen uns auf die Auseinandersetzungen unter II A. 1 und 2. — Bei 2 ist wesentlich, daß es ein unbedingt mit Pflichttheilsrecht ausgestatteter Descendent oder Ascendent war, welchen die bestehende Ungewißheit der Delation am Erbewerben hinderte. Wie unter II A. 3 gezeigt wurde, machen es die zu 1 gehörigen Entscheidungen — bezüglich des erwarteten Postumus und des Streits über die Aechtheit des Testaments — unmöglich, die Erwähnung der Kinder in l. 1 §. 1 D. ad SC. Tertull. 38. 17 als etwas Zufälliges zu behandeln.

Ergebniß ist hiernach: es kann nicht zugegeben werden, daß allgemein transmittirt würde, wenn die Erbschaft wegen Ungewißheit der Berufung nicht erworben wurde; vielmehr beruhen die Anwendungen, in welchen eine solche Ungewißheit nach den Quellen Transmission begründet, ebensowohl auf singulären Rechtssätzen, wie dies wenn auch mit anderer Begründung bezüglich der Aussprüche beim Silanianischen Senatsschluß und beim Carbonianischen Edikt zu sagen war. Die Ansicht von Windscheid und Köppen wird, so ist zu behaupten, den Quellen nicht gerecht. Windscheid muß denn auch von seinem Standpunkt aus annehmen (§. 600 Anm. 16), daß

die Quellen bei dieser Lehre kein ganz reines Resultat gewähren: nach der von uns entwickelten Auffassung dürfte es an Gründen für eine solche Annahme fehlen. — Köppen kommt auch sonst mit den Aussprüchen der Römer in Konflikt. Daß demselben l. 3 §. 30. 32 D. de SC. Silan. 29. 5. l. un. §. 8 D. si mulier ventris 25. 6 Schwierigkeiten bereiten, deren Bewältigung ihm nicht gelungen sein dürfte, wurde von uns unter II A. 1. dargelegt. Dieser Gelehrte erkennt ferner an, daß die bon. poss. decretalis in l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 4 §. 3 D. de B. P. co. tab. 37. 4 nur dem in beiden Stellen erwähnten eingesetzten Sohne, nicht auch dem zum Erben ernannten extraneus offen steht; trotzdem gewährt er auch bei Letzterem die Transmission aus l. 5 D. eod. (Jahrb. V. S. 163. 165), — gewiß mit Verletzung des engen Zusammenhangs zwischen dieser Stelle und der l. 4 §. 3 cit.

Soviel zur Beweisführung aus den einzelnen Entscheidungen der Quellen. Um eine tiefere Begründung für unsern Widerspruch zu gewinnen, knüpfen wir an den unter A. vertheidigten Satz an, daß die Transmission auch bei den rechtlichen Hindernissen durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vermittelt wird: mit Rücksicht hierauf soll jetzt bestimmt werden, welche Stellung die einzelnen Hindernisse im Gebiet der Restitutionsgründe einnehmen. Die Frage ist bisher selten in der Ausdehnung auf alle rechtlichen Hindernisse aufgeworfen, da man meist vom Gebiet der Wiedereinsetzung die Fälle ausschließt, bei denen eine b. p. decretalis oder utiles actiones bezeugt sind. Nur bei Steppes, der durchweg Restitution annimmt, finde ich eine Antwort: er spricht allgemein von der clausula generalis (S. 71). Das ist gewiß richtig bei den Fällen des Carbonianischen Edikts und — sofern sich hier von Wiedereinsetzung reden läßt — des Silanianischen Senatsschlusses: beide Male bestehen die unter II B. dargestellten

äußeren Hindernisse. Dagegen lassen sich die oben bei 1. und 2. beschriebenen Fälle einer auf die Delation bezüglichen Ungewißheit nur in beschränktem Umfange unter die Klausel ziehen.

Um dies zu erkennen, hat man zu fragen, was mit jener Ungewißheit gemeint ist. Zum Theil ist dieselbe objektive Ungewißheit darüber, ob es zur Delation kommen wird (damit objektives Delationshinderniß): so beim erwarteten Postumus, wenn wirklich Schwangerschaft vorhanden ist, — beim Fall ungewisser Rechtsfähigkeit des Erblassers, wenn der kriegsgefangene Gewalthaber noch lebt. (Vergl. oben II A. 1 und 3.) Im Uebrigen ordnen sich diese Fälle, durchweg aber der dritte (Streit über Aechtheit des Testaments) der zu einem bloßen Erwerbshinderniß gestalteten subjektiven Ungewißheit unter. In dieser zweiten Bedeutung verwendet man den Ausdruck in der Lehre vom Erwerb der Erbschaft durch Willenserklärung: man spricht hier von Ungewißheit des Daseins, des Grundes, des Umfangs und — so Köppen — der Wirkung der Delation.

Ich zeige jetzt, daß diese subjektive Ungewißheit sich bei der Frage nach der Transmission der Erbschaft nicht vom Nichtwissen (ignorantia) scheiden läßt, daß deshalb eine Wiedereinsetzung wegen solcher Ungewißheit dem Restitutionsgrunde des Irrthums angehört. Daraus wird sich der Schluß ziehen lassen, daß die Transmission auf der Grundlage einer durch diese Ungewißheit gerechtfertigten Restitution nicht über die in den Quellen überlieferten Fälle hinausreicht.

Soeben wurde das Vorkommen der subjektiven Ungewißheit in der Lehre vom Erwerb der Erbschaft durch Willenserklärung erwähnt: diese an die Transmission der Erbschaft angrenzende Lehre liefert den Beweis für die behauptete Zusammengehörigkeit jenes Begriffs und des andern der ignorantia.

Die Regel für den Erwerbswillen wird so formulirt: der Antretende muß die (subjektive) Gewißheit haben, daß ihm wirksam deferirt ist: §. 7 J. de her. qual. 2. 19. l. 76 D. de R. J. 50. 17; im Einzelnen l. 19. l. 23. l. 30 §. 1. 8. l. 34 pr. in f. l. 93 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2. Einem solchen positiven Erforderniß gegenüber ist schon der Zweifel, ob eine bestimmte zum Begriff der Delation gehörige Thatsache wahr oder wirklich sei, ein Nichtwissen: genauer er ist eine Art des Nichtwissens. In der That ist dies die Anschauung der Quellen. Wenn diese den Zweifel mit Vorliebe durch die beiden Alternativen bezeichnen, welche sich dem Bewußtsein als gleich möglich darstellen, so findet sich dieselbe Bezeichnung auch beim Nichtwissen. (So einers. l. 32 §. 2. l. 13 §. 1. l. 33 D. eod., anders. l. 32 §. 1 D. eod.) Noch mehr, einige Stellen verwenden als gleichbedeutend das „ignorare" und das „dubitare": Ulp. l. 34 pr. D. eod. Sed et si de sua condicione quis dubitet, — posse eum adquirere hereditatem —. cur autem, si suam ignoret condicionem, adire potest, si testatoris, non potest? illa ratio est, quod qui condicionem testatoris ignorat, an valeat testamentum dubitat —. Paul. l. 74 §. 4 D. eod. — qui heres institutus ab aliquo dubitat, an libertas ei ex testamento domini obtigerit, cum nesciat condicionem libertatis extitisse vel hereditatem aditam —. Sodann Ulp. l. 1 §. 5 D. si pars 5. 4: — ubicunque merito quis incertus est [i. e. dubitat], quam partem vindicet —, vergl. mit Paul. l. 5 §. 1 D. eod. — posse eum adire, qui nescit portionem —. Dazu noch l. 2 pr. D. quis ordo 38. 15.

Der Uebereinstimmung beider Begriffe entspricht es, daß Irrthum und Ungewißheit über das Dasein oder eine sonstige Beziehung der Delation in der Bedeutung von Hindernissen des Erbschaftserwerbs zu einem einheitlichen Institut verwachsen

sind: bei Beiden hat die römische Jurisprudenz die gleichen Rechtssätze entwickelt, sie pflegt zur kasuistischen Erörterung Beider die gleichen Beispiele zu verwenden. Vergl. l. 32 pr. und l. 13 §. 1. l. 19 D. de A. v. O. H. 29. 2; l. 17 pr. und l. 46. l. 51 p. D. eod. Ueberhaupt: Vangerow, Pand. II §. 498 I und II. Keine wahre Ausnahme beim Umfang des Erbtheils (l. 75 D. eod. und l. 21 §. 3 D. eod. l. 5 §. 1 D. si pars 5. 4). Ders. ib. II. 3.

Hiernach darf gesagt werden: wird der Erwerb einer Erbschaft versäumt in Folge der (subjektiven) Ungewißheit des Daseins oder einer sonstigen Beziehung der Berufung, so ist die für solchen Fall etwa begründete Wiedereinsetzung in den vorigen Stand demselben Restitutionsgrunde unterzuordnen, welchem das Nichtwissen angehört. Nun bildet Letzteres einen Theil des theoretisch als Irrthum bezeichneten Restitutionsgrundes: in eben dieses Gebiet muß also jene Ungewißheit fallen.

Freilich stehen wir hier vor einer Streitfrage. Eine sehr verbreitete Meinung will bei Versäumnissen aus Nichtwissen (Unkunde) auf Grund der clausula generalis helfen. (Statt Vieler Burchardi, Wiedereinf. S. 184—191. S. 391.) Hiergegen ist in neuester Zeit mit Recht, wie mir scheint, Widerspruch erhoben. (Windscheid I §. 119 a. E. und Anm. 12, vergl. mit §. 118 Anm. 7. Spaltenstein S. 55 Anm. 20. S. 73. S. 187.) Zwar möchte ich nicht darauf den Ton legen, daß die claus. generalis nur Fälle begreift, in denen das Versäumniß in einem äußeren Hinderniß seinen Grund hat; diesen Satz abstrahiren wir aus den Anwendungen, die wir der Klausel zuweisen, er kann also nicht Maßstab für die Zugehörigkeit sein. Dagegen erscheint es methodisch geboten, die auf der gleichen Grundlage von Irrthum und Nichtwissen ruhenden Anwendungen der Wiedereinsetzung als zusammengehörig zu behandeln. (Uebers. bei Spaltenstein S. 163 ff.) Es ist

nicht einzusehen, warum die Wiedereinsetzung bei der von den Gläubigern ausgewirkten Gütertrennung auf den Irrthum, die andere bei der zufolge des SC. Silanianum versäumten Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung auf die claus. generalis gegründet werden sollte (l. 1 §. 17 D. de separ. 42. 6. — l. 3 §. 31 D. de SC. Silan. 29. 5), — warum der erste Restitutionsgrund maßgebend wäre bei den Fällen in l. 11 §. 8 —10 D. de interr. in jure 11. 1. l. 8 §. 2 D. qui satisd. 2. 8 (irriges Abgeben einer nachtheiligen Antwort auf die interrogatio in jure, — irrige Annahme eines untauglichen Bürgen zur Kaution im Prozeß), der zweite bei l. 7 pr. D. de in int. rest. 4. 1. l. 1 §. 5 D. de ed. 2. 13 (versäumtes Erscheinen vor dem Richter beim Ueberhören des Aufrufs, — versäumtes Einbringen von Beweisstücken).

Fehlt es hiernach an jedem Grunde für die Scheidung des Zusammengehörigen, so läßt sich auch die Konsequenz nicht rechtfertigen, zu der diese führen muß. Im Gebiet der Klausel würden die von den Quellen dargebotenen Fälle eines Versäumnisses zufolge Nichtwissens Anwendungen einer offenen Regel sein: überweist man sie mit uns dem Restitutionsgrunde des Irrthums, so unterliegen sie dem bei diesem, wie man anerkennt, nach römischem Recht festzuhaltenden Grundsatze, daß wir nicht über die durch die Quellen überlieferten Vorgänge hinauszugehen haben.

Diese letzte Bemerkung liefert einen festen Anhalt zur Begrenzung der Transmission auf Grund einer Wiedereinsetzung wegen Ungewißheit der Berufung: haben wir die von dieser handelnden Aeußerungen der Quellen mit Recht dem Rechtfertigungsgrunde des Irrthums zugetheilt, so folgt daraus, daß dieselben uns nicht zur Ableitung einer allgemeinen Regel berechtigen. Freilich ist diese Folgerung nur wahr, soweit bei jenen Aeußerungen der Begriff der sub-

jektiven Ungewißheit zutrifft; allein grade von dieser Seite würden dieselben ausschließlich bei einer Ausdehnung der Transmission auf das neben den in den Quellen entschiedenen Fällen übrig bleibende Gebiet der Ungewißheit der Berufung in Betracht zu ziehen sein. Dies lehrt ein Blick auf den von Köppen gemachten Versuch einer kasuistischen Durchführung der von uns beanstandeten Regel. (Syst. I S. 368 in Anm. 7. S. 369 in Anm. 8 a. E., Anm. 9 mit Text dazu, S. 370 Anm. 11. S. 371 in Anm. 12 mit Text dazu, S. 373 Text mit Anm. 16. S. 379. S. 381 bei Anm. 30. S. 383.) Unter allen von Köppen aufgestellten Anwendungen sind dem Begriff der objektiven Ungewißheit nur die zwei, welche wir ihm oben theilweise zuwiesen (erwarteter Postumus — ungewisse Rechtsfähigkeit des Erblassers), sowie der gegenwärtig nicht interessirende Fall des Carbonianischen Edikts zugänglich; dagegen bewegt sich die Darstellung überall, wo sie über die in den Quellen bezeugten Vorkommnisse hinausgeht (Ungewißheit des Todes des Erblassers, des erfolgten Eintritts der bei der Erbeseinsetzung gestellten Bedingung u. s. f.) einzig auf dem Boden der subjektiven Ungewißheit. Demnach wäre die von der Gegenseite aufgestellte Regel nur zu gewinnen, wenn man im Widerspruch mit der Stellung, welche innerhalb des Systems der Restitutionsgründe jener Ungewißheit zukommt, den auf diese bezüglichen Theil der überlieferten Aussprüche generalisirte.

Bisher war nur von der subjektiven Ungewißheit die Rede; bezüglich der objektiven genügen zwei Worte. Diese findet als Restitutionsgrund unbedenklich ihre Stelle in der clausula generalis: hiernach würde eine Verallgemeinerung der an sie anknüpfenden Transmissionsfälle an sich zulässig sein. Indessen stehen einem solchen Unternehmen einmal die Gründe im Wege, welche wir oben bezüglich der unter 1. und 2. dargestellten

Thatbestände und der Frage einer aus diesen abzuleitenden Regel entwickelt haben. Und sodann würden sich nicht leicht weitere Anwendungen jener objektiven Ungewißheit, neben denen, welche uns in den Quellen dargeboten werden, aufzeigen lassen. Hiefür verweise ich auf die vorstehenden Bemerkungen über Köppen's Versuch, die seiner vermeintlichen Regel angehörigen einzelnen Fälle darzulegen.

Was vorhin über das Verhältniß der Ungewißheit der Delation zu den Begriffen des Irrthums und des Nichtwissens sowie im Zusammenhang damit über die Stellung jener Ungewißheit im Gebiet der Restitutionsgründe gesagt wurde, entspricht der heutigen Theorie nicht. Wir schließen einige kurze litterarische Notizen an, die uns zugleich einen weiteren Beweis für die von uns entwickelte Ansicht darbieten werden.

Köppen bemerkt grade in Anwendung auf die Transmission, anscheinend spreche die l. 7 C. de jure delib. 6. 30 gegen eine Wiedereinsetzung wegen entschuldbaren Irrthums, die Praxis dagegen scheine geneigt, sich für diese zu entscheiden. (Jahrb. V. S. 146). — Windscheid läßt Zwecks der Transmission Wiedereinsetzung bei jedem Hinderniß zu, welches nach dem Ermessen des Richters die Hülfe billig erscheinen läßt: so bei jeder Hinderung durch Ungewißheit der Berufung. Den Fall des Irrthums aber nimmt er ausdrücklich aus. Ohne Zweifel scheiden beide Gelehrte jene Ungewißheit vom Restitutionsgrunde des Irrthums. — Leist (S. 190 Anm. 7. S. 247) trennt die nicht von ihm untersuchte Frage einer Wiedereinsetzung wegen entschuldbaren Irrthums oder Nichtwissens, zu welchem Letzteren er auch den Zweifel stellt, von dem Falle, wo ipso jure wegen eines rechtlichen Erwerbshindernisses Transmission gewährt wird. Da dieser Fall die Vorkommnisse einer Ungewißheit der Berufung umfassen soll, so scheint Leist Alles auf die

Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung der Entschuldbarkeit zu stellen. Das ist schwerlich haltbar; die Transmission knüpft in den Quellen überall an eine Ungewißheit über Thatsachen an; damit wird gewiß Entschuldbarkeit vorausgesetzt. — Abweichend von den bisher genannten Schriftstellern bezeichnet es Brinz (Abth. II. S. 824) allgemein als einen Fall unserer Transmission, wenn der Delat von der Delation nichts wußte, damit nicht antreten konnte. Auf das Verhältniß dieses Nichtwissens zur Ungewißheit ist nicht eingegangen.

Eine so ausgedehnte Berücksichtigung des Nichtwissens, wie sie Brinz lehrt, wird sich, wenn ich recht sehe, schon gegenüber der l. 7 C. de jure delib. 6. 30 nicht rechtfertigen lassen: die Stelle darf umgekehrt als Zeugniß dafür angerufen werden, daß regelmäßig bei Nichterwerb wegen Nichtwissens von der Berufung nicht transmittirt wird. Danach beweist sie für die gleiche Regel über die (subjektive) Ungewißheit der Delation: daß für einzelne Fälle einer solchen Ungewißheit Transmission bezeugt wird, verträgt sich damit sehr wohl, wenn man in diesen mit uns singuläre Entscheidungen sieht.

Wir haben jetzt in Anknüpfung an die vom Recht anerkannten Restitutionsgründe zu bestimmen gesucht, in welcher Ausdehnung auf Grund eines rechtlichen Erwerbshindernisses Transmission erfolgt. Hiernach wird sich angeben lassen, in welchem Verhältniß das ganze Institut der transmissio ex cap. in int. restitutionis zur Lehre von der Wiedereinsetzung steht. Zu Ende von I, bei den thatsächlichen Hindernissen, wurde im Hinblick auf l. 86 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2 verbunden mit l. 30 pr. D. eod. bemerkt, daß auf Grund der Entscheidung in l. 86 pr. cit. allgemein wegen eines zur Rechtfertigung der Wiedereinsetzung geeigneten äußeren Hindernisses Transmission zuzulassen sei. Letztrer wurde damit für das ganze Ge-

biet der restitutio majorum Geltung zugeschrieben. Diese Annahme wird jetzt dadurch unterstützt, daß sich bei der Betrachtung der rechtlichen Hindernisse in den Anwendungen beim Carbonianischen Edikt, bei dem (mindestens der Verwandtschaft wegen hier zu nennenden) Silanianischen Senatsschluß und in der Transmission wegen objektiver Ungewißheit der Berufung Beweise für die Uebung des Satzes ergeben haben. — Ohne Bedenken darf ferner wiederholt werden, daß wegen Minderjährigkeit und Zwangs transmittirt wird. — Daß auf Betrug eine Wiedereinsetzung Zwecks der Transmission nicht gegründet werden kann, halte ich wegen des beschränkten Gebiets dieses Restitutionsgrundes für ausgemacht. Nimmt man nun hinzu, daß die von uns behauptete Einschränkung der Wiedereinsetzung wegen Ungewißheit der Delation auf die in den Quellen vorliegenden Anwendungen dem Wesen des Restitutionsgrundes des Irrthums entspricht, so ergiebt sich als Gesammtresultat, daß die durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vermittelte Transmission auch bezüglich der rechtfertigenden Gründe völlig regelmäßig gebildet ist. Damit ist zugleich die Erkenntniß gewonnen, daß aus l. 86 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2 nichts abgeleitet werden kann, was uns zu einer Aenderung unsrer Auffassung von der Transmission wegen Ungewißheit der Berufung veranlassen könnte. Wir gelangen hiernach zu einer Regel ähnlich der bei Windscheid (III. §. 600) formulirten; nur bezüglich der Wiedereinsetzung wegen Irrthums weichen wir ab. Zu sagen ist:

> Die Erben des Berufenen können im Wege der Wiedereinsetzung i. d. v. St. in allen Fällen zum Erwerb einer demselben anerfallenen Erbschaft gelangen, in welchen der Berufene selbst durch einen Umstand am Erwerb gehindert wurde, der sich nach den regelmäßigen Grundsätzen über Wiedereinsetzung als ein rechtfertigender Grund darstellt.

Das Gebiet der Wiedereinsetzung wegen Irrthums beschränkt sich auf die in den Quellen entschiedenen Fälle einer Ungewißheit des Daseins oder Grundes der Delation.

Mit Rücksicht auf diese Ergebnisse dürfte sich das übliche Zusammenfassen der von uns unter II betrachteten Fälle mittelst des Ausdrucks „rechtliche Hindernisse" nicht empfehlen. Dadurch wird die wesentliche Verschiedenheit der zwei Gruppen von Fällen unter II A. und II B. verdeckt. Und bei den Fällen einer Ungewißheit der Delation erweckt der Ausdruck den Schein, als knüpften hier Transmission und Wiedereinsetzung an die Rechtsregel an, welche beim Mangel genügender Kenntniß des Berufenen von der Delation den Erwerb ausschließt. In Wahrheit läuft aber neben dieser Regel der andere Satz her, daß eine den Erwerb hindernde Ungewißheit auch Wiedereinsetzung nicht begründet. Lediglich die konkrete Gestalt des Zweifels, wie sie sich uns in Anknüpfung an die Thatbestände unter C. 1 und 2 dargestellt hat, begründet eine Ausnahme, und bei dieser ist weit mehr zu betonen, daß die bezüglichen Vorgänge sich dem Wiedereinsetzungsgrunde des Irrthums einfügen.

Zum Schluß ist zu sagen, welche Stellung Leist zu der Frage wegen Aufstellung einer Regel über die rechtlichen Hindernisse einnimmt. Im Wesentlichen haben Leist's Ausführungen (S. 235—247) einen dreifachen Inhalt.

Dem Bestreben, alle Fälle der s. g. transmissio ex cap. in int. restitutionis auf eine einheitliche Regel zurückzuführen, insbesondere der Formulirung von Windscheid, tritt Leist mit der Forderung entgegen, daß die Transmission wegen rechtlicher Hindernisse von der andern wegen faktischer streng geschieden werde. In dieser Beziehung genügt eine Bezugnahme auf das von uns Ausgeführte.

An zweiter Stelle wird zu zeigen gesucht, daß den auf rechtliche Erwerbshindernisse bezüglichen Entscheidungen ein bestimmter Gedanke gemeinsam sei. Daß dieser in der Ungewißheit der Berufung läge (dem in dubio constitutum esse), wird geleugnet; dieser Gesichtspunkt gäbe zwar mehrfach, aber nicht durchweg, den Grund der Entscheidung ab: so nicht bei den Fällen des erwarteten Postumus und des Carbonianischen Edikts (soweit bei Beiden objektive Erwerbshindernisse bestehen), — überall nicht aber beim Hinderniß des Silanianischen Senatsschlusses. Behufs der Darstellung jenes gemeinsamen Gedankens soll man den zuletzt genannten, auf eigenthümlichen Zweckmäßigkeitsrücksichten beruhenden Fall ausscheiden. In den übrigen Fällen stützt sich nach Leist das der Delation oder dem Ewerb entgegenstehende rechtliche Hinderniß auf einen Umstand, welcher entweder sich hinterdrein als wirklich nie vorhanden ausweist oder doch hinterdrein als nie vorhanden angesehen werden soll. Grade hierin wird der Grund gefunden, daß die Annahme einer Transmission als eine der Billigkeit („Aequität") entsprechende erscheint, — mag dann der Transmittent eine bon. poss. decretalis erbitten müssen, oder mag der Uebergang gleich durch Rechtssatz vermittelt werden.

Uns will es nicht scheinen, daß die Lehre durch diese Formel gefördert werde. Zunächst ist nicht zu erkennen, warum das Recht z. B. im Fall wirklich bestehender Schwangerschaft die Thatsache, daß ein Postumus zu erwarten ist, nachträglich — sobald ein todtes Kind zur Welt kommt — hinwegfingiren sollte, um auf solchem Wege die Transmission zu begründen. Sodann trifft aber auch Leist's Satz nicht durchweg zu. Wo der erwartete Postumus den eingesetzten Sohn des Erblassers, der Streit über Testamentsfälschung die eingesetzte Tochter des Patrons am Erwerb hindert, wird auch dann

transmittirt, wenn dort ein lebendes Kind zur Welt kommt, hier das Testament vom Richter für unächt erklärt wird: in beiden Fällen also behauptet dauernd die Thatsache ihr Recht, welche den Erwerb des Testamentserben hindert. — Daß endlich mit dem Ausscheiden des Silanianischen Falls nicht genug geschehen ist, vielmehr bei dem des Carbonianischen Edikts in gleicher Weise zu verfahren gewesen wäre, zeigen unsere Erörterungen unter II B.

Mehr praktische Bedeutung hat die dritte Frage, inwiefern die Entscheidungen der Quellen die Ableitung einer allgemeinen Regel zulassen. Hierauf wird nach zwei Richtungen hin eingegangen. In einigen Fällen, so wird hervorgehoben, findet Transmission nur aus der Person der Kinder des Erblassers oder solcher Delaten statt, welche unter allen Umständen erbberechtigt sind (es sind dies unsere Fälle in II. A.): hier ist die Frage, ob von jenen Merkmalen abgegangen werden darf. Leist ist für die Bejahung mit Rücksicht auf den an das Carbonianische Edikt anknüpfenden Ausspruch in l. 12 D. de Carb. ed 37. 10; er verhehlt sich übrigens nicht, daß damit vielleicht Justinian's Wille nicht getroffen werde. — Nach der von uns vertretenen Auffassung durfte die Entscheidung beim Carbonianischen Edikt ihrer Singularität wegen auf die Beurtheilung der aufgeworfenen Frage keinen Einfluß üben.

Zuletzt wird erörtert, ob man von den einzelnen in den Quellen gegebenen Fällen eines rechtlichen Erwerbshindernisses und von den etwa neben ihnen auf Grund der Analogie zuzulassenden absehen und die Transmission — was der Ansicht von Windscheid und Köppen entsprechen würde — stets gestatten darf, wo Jemand sich in entschuldbarer Weise in Ungewißheit befand und in dieser Lage starb. Leist nimmt Anstand, so weit zu gehen: nach ihm würde ein solcher Schritt den positiven Boden des römischen Rechts verlieren; Letzteres wiese auf

die nach Leist ganz verschiedene Untersuchung hin, ob Restitution wegen thatsächlicher Verhinderung des Erwerbs durch entschuldbares Nichtwissen oder Zweifeln einzutreten hat.

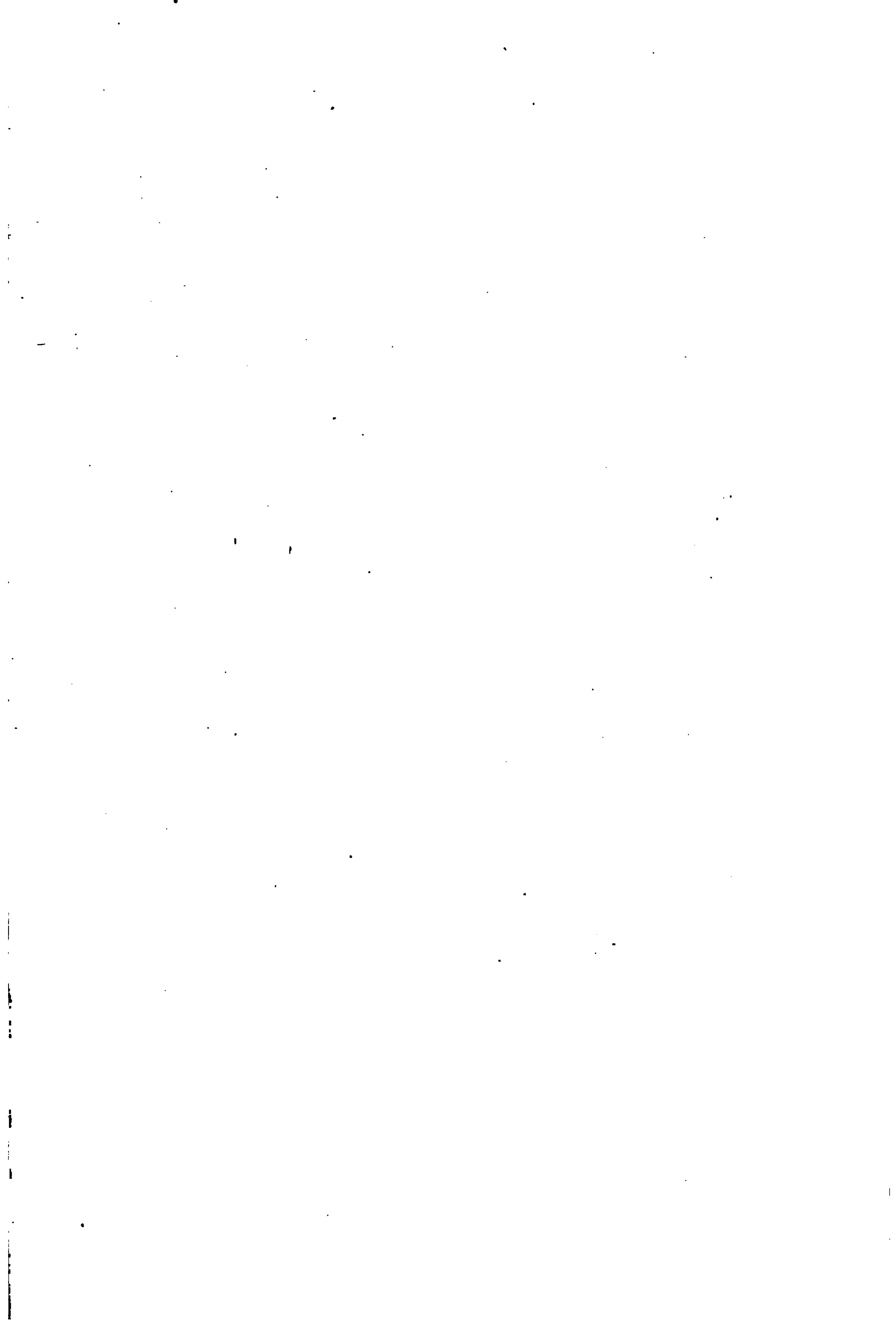
Wir gestehen, daß uns dieser Ausspruch überrascht hat in Betracht des Resultats, zu welchem Leist bei der andern soeben besprochenen Frage kommt, ob man über die in den Quellen bei den Fällen einer Ungewißheit der Berufung vorliegende Beschränkung in Ansehung der transmittirenden Personen hinausgehen darf. Wer diese Frage mit Leist bejaht, kann unseres Erachtens der Lehre von Windscheid und Köppen keinen Widerstand entgegensetzen.

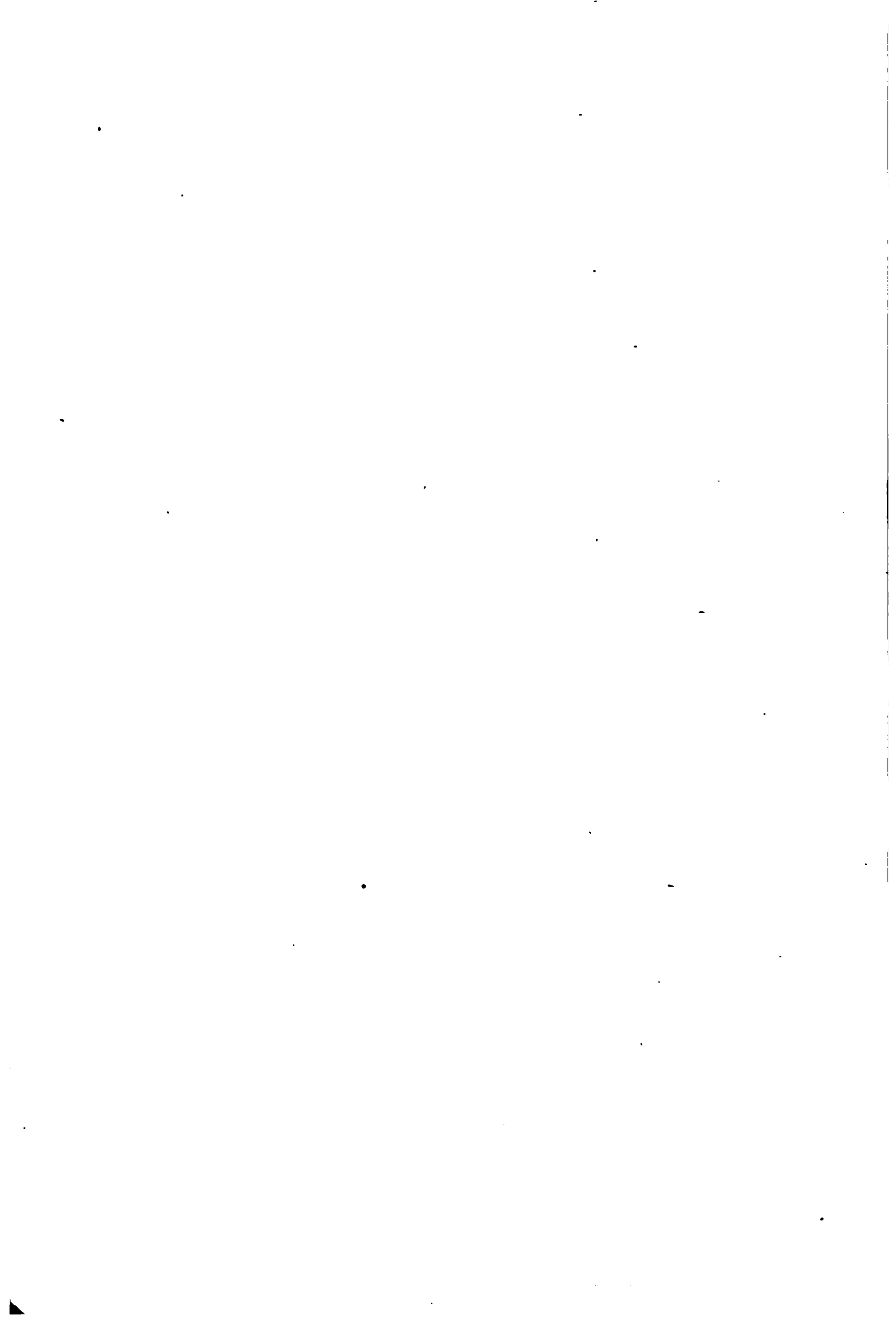
Druck von Ed. Frommann in Jena.

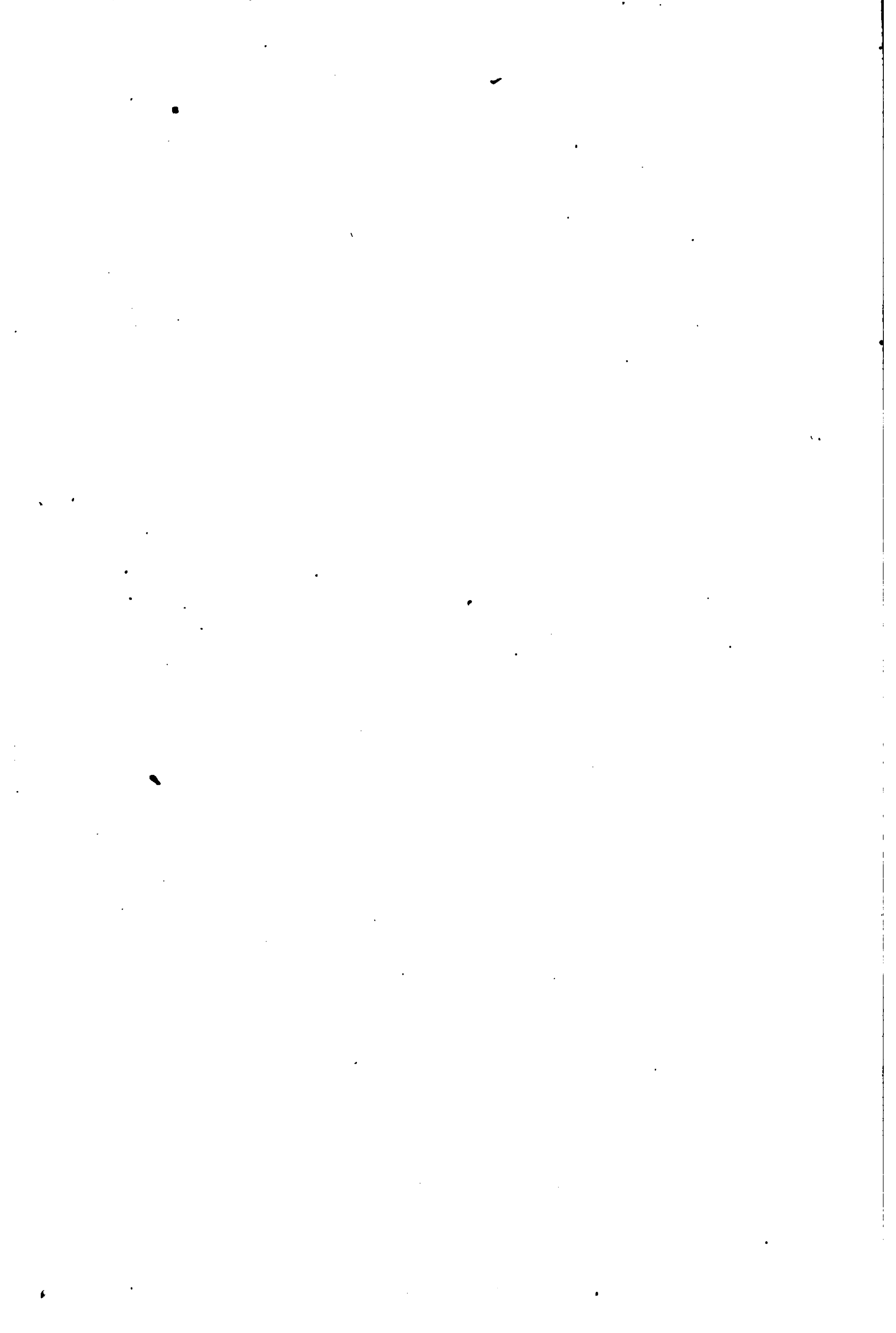


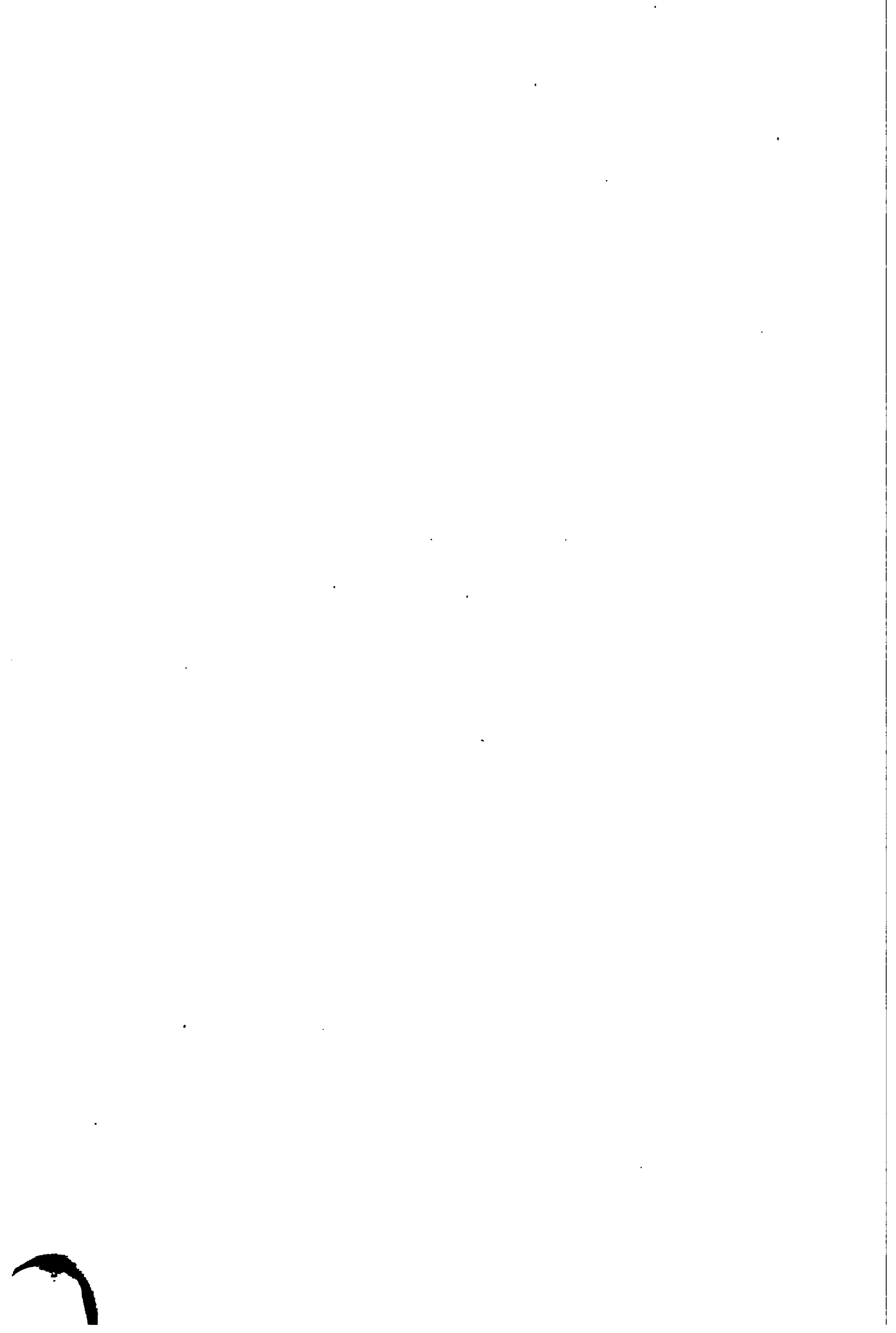

Inhalt.

Druck von Ed. Frommann in Jena.










HDI
HW 2AHU D



